مُعِينُ القُضَاةِ وَالمُفْتِينَ

لفضيلة العلامة المحدث الشيخ

شمس الحق الأفغاني

حققه وعلق عليه

الشيخ العلامة

عبد الحكيم الحقاني

مكتبة دار العلوم الشرعية

مقدمة التحقيق والتعليق

بِسْم الله الرحمن الرحيم

أحمد الله تبارك وتعالى وأستعينه، وأستهديه، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد، وعلى آله، وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أمابعد: فإن الشريعة الإسلامية وسائر الشرائع الإلهية، قد جاءت لتحقيق مصالح الناس، ولا شك في أن وجود القضاء في المجتمع الإنساني، هو إحدى الوسائل المحققة لهذه المصالح، فيه تحمى الحقوق وتصان عن الانتهاك، ويزال بوساطته تعدي الناس بعضهم على بعض، وهو أحد المناصب العظيمة التي تحقق العدل وتمنع الظلم، وترسي الحق، والعدل هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، قال تبارك وتعالى: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} [الحديد—٢٥]

والقضاء وسيلة من أعظم وأسمى وسائل تحقيق العدل بين الناس، تحقيقه بينهم في العلاقات الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية وكل نشاط من أنشطة الحياة بين الأفراد والدول، سواء أكانت هذه العلاقات بين المسلمين أم بينهم وبين غيرهم، ولمكانته السامية الجليلة تولاه الرسل فحكموا بين الناس، وولوه غيرهم، قال تبارك وتعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ} [ص—٢٦]

وقال عز وجل لرسوله –محمد –صلى الله عليه وسلم: {فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا} [النساء—٦٥]

وقد ثبت أن الرسول –صلى الله عليه وسلم– بعث القضاة إلى النواحي، فبعث معاذ بن جبل إلى اليمن، وعتاب بن أسيد إلى مكة.

(مشروعية القضاء)

القضاء أمر ضروري للمجتمع ، وأمر في الاسلام بإقامته ، وقد قامت الأدلة من الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة، على أن القضاء أمر مشروع، فمن الكتاب الكريم قول الله تبارك وتعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ الله} [ص—٢٦] ،وقوله عز وجل: {وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ الله} [النساء—٤٩]

وقوله تعالى: {وَإِذَا دُعُوا إِلَى الله وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ} [النور—٤٨]

وقوله تعالى: {فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا} [النساء—٦٥]

وقوله تعالى: {إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ الله} [النساء—١٠٥]

ومن السنة: منها ما رواه عمرو بن العاص عن النبي –صلى الله عليه وسلم– أنه قال: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر"، رواه البخاري ومسلم. وغير ذلك من الأحاديث الشريفة.

(حكم القضاء وحكمته وفضله)

القضاء من فروض الكفايات إذا فعله البعض من المكلفين سقط الوجوب عن الباقين وأما إذا لم يفعله أحد فإن جميع القادرين على فعله يكونون آثمين، وقد يتحول

الواجب، الكفائي إلى واجب عيني، وذلك إذا كان يوجد شخص يستطيع القيام بهذا الواجب، ولا يوجد غيره يستطيع القيام به، كما لو وجد شخص تتوافر فيه شروط القاضي, ولا يوجد غيره متوافرة فيه هذه الشروط، فيصير في هذه الحال تولي منصب القاضي عليه فرضاً عينياً، فإذا لم يتولى هذا الشخص القضاء كان آثما.

وحكمته أن في القضاء بالحق إظهار العدل الذي به بقاء السموات والأرض، ودفع الظلم الذي به خراب الدنيا، وهو ما يدعو إليه عقل كل عاقل، وبه إنصاف المظلوم من الظالم واتصال الحق إلى المستحق وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر ولأجله بُعث الأنبياء والرسل صلوات الله تعالى عليهم قال الله تعالى {إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ الله} [النساء——١٠٥]

وفضله أنه قد رغب فيه رسو الله صلى الله عليه وسلم، روى البخارى عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لاَ حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ: رَجُلٌ آتَاهُ الله مَالًا فَسُلِّطَ عَلَى هَلَكَتِهِ فِي الحَقِّ، وَرَجُلٌ آتَاهُ الله الحِكْمَةَ فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيُعَلِّمُهَا ".

وروى أحمد في مسنده عَنْ عَائِشَةَ، عَنْ رَسُولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «أَتَدْرُونَ مَنِ السَّابِقُونَ إِلَى ظِلِّ الله عَزَّ وَجَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ؟» قَالُوا: الله وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، قَالَ: «الَّذِينَ إِذَا أُعْطُوا الْحَقَّ قَبِلُوهُ، وَإِذَا سُئِلُوهُ بَذَلُوهُ، وَحَكَمُوا لِلنَّاسِ كَحُكْمِهِمْ لِأَنْفُسِهِمْ».

وروى البيهقي في الكبرى عَنِ الْحَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ، أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ , رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كَانَ يَقُولُ: " لَأَنْ أَقْضِيَ يَوْمًا , وَأُوَافِقَ فِيهِ الْحَقَّ وَالْعَدْلَ , أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ غَزْوِ سَنَةٍ " أَوْ قَالَ: " مِائَةِ يَوْمٍ ".

ويدل على فضلية هذا المنصب أن المخطئ فيه مأجور كالمصيب فيه وإن تفاضلا في مقدار الأجر ما دام المخطئ يقصد الحق في قضائه ويجتهد في الوصول إليه.

عَنْ عَمْرِو بْنِ العَاصِ، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: »إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ« رواه البخاري وغيره.

وأما ما جاء من الأحاديث في تخويفه ووعيده فإنما هي في حق قضاة الجور والجهال الذي يدخلون أنفسهم في هذا المنصف الشريف.

منها: ما رواه ابن ماجه وغيره عَنْ عَبْدِ الله، قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَا مِنْ حَاكِمٍ يَحْكُمُ بَيْنَ النَّاسِ إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَلَكٌ آخِذٌ بِقَفَاهُ، ثُمَّ يَرْفَعُ رَأْسَهُ إِلَى السَّمَاءِ، فَإِنْ قَالَ: أَلْقِهِ، أَلْقَاهُ فِي مَهْوَاةٍ أَرْبَعِينَ خَرِيفًا ".

في المغرب: المهواة ما بين الجبلين، قيل: الهوة هي الحفرة.

ومنها: ما رواه أبوداود وغيره عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ".

في معالم السنن: معناه التحذير من طلب القضاء والحرص عليه يقول من تصدى للقضاء فقد تعرض للذبح فليحذره وليتوقه، وقوله بغير سكين يحتمل وجهين: أحدهما أن الذبح إنما يكون في ظاهر العرف بالسكين فعدل به عليه السلام عن ظاهر العرف وصرفه عن سنن العادة إلى غيرها ليعلم أن الذي أراده بهذا القول إنما هو ما يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه، والوجه الآخر أن الذبح الوجيء الذي يقع به إزهاق الروح واراحة الذبيحة وخلاصها من طول الألم وشدته إنما يكون بالسكين لأنه يجهز عليه، وإذا

ذبح بغير السكين كان ذبحه خنقاً وتعذيباً فضرب المثل في ذلك ليكون أبلغ في الحذر والوقوع فيه، آه.

ونقل القاري في المرقاة الأشرف: يمكن أن يقال: المراد به أن من جعل قاضيا فينبغي أن يموت جميع دواعيه الخبيثة وشهواته الردية، فهو مذبوح بغير سكين، قال الطيبي رحمه الله: فعلى هذا القضاء مرغوب فيه ومحثوث عليه،آه ولا يخفى ضعف هذا المعنى لأنه خلاف ظاهر الحديث.

وإنما حملنا الأحاديث الواردة في ذم القضاء على القضاء بالجور أو الجهل لما روي عن بُرَيْدَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ " رواه أبوداود.

وعَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ اللَّهَ مَعَ القَاضِي مَا لَمْ يَجُرْ، فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ، رواه الترمذي.

في فيض القدير في شرح هذا الحديث: . قال ابن بطال: دل الحديث على أن القضاء بالعدل من أشرف الأعمال وأجل ما يتقرب به إلى الملك المتعال وأنه بالجور بضد ذلك {ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون} قال ابن حجر: وفي الحديث ترغيب في ولاية القضاء من استجمع شروطه وقوي على إعمال الحق ووثق من نفسه بعدم الجور ووجد للحق أعوانا لما فيه من الأمر بالمعروف ونصر المظلوم وأداء الحق للمستحق وكف يد الظالم والإصلاح بين الناس وكل ذلك من آكد القربات ولذلك تولاه الأنبياء فمن

بعدهم من الخلفاء الراشدين، وإنما فر منه من فر خوف العجز أو عدم المعين ومن ثم كان السلف يمتنعون منه أشد امتناع، آهـ.

اعلم أنه لما كان للقضاء بالعدل فضيلة عظيمة جمع العلماء والفقهاء لتوضيح طريقة القضاء قواعد كلية ومواداً مفيدة لهذا الشأن منهم العلامة الشيخ شمس الحق الأفغاني رحمه الله تعالى حيث صنف كتاب "معين القضاة والمفتين" وهو كتاب جامع لكثير ما يحتاج إليه في القضاء والإفتاء وكان جزيل المعنى ووجيز اللفظ ومحتاجا إلى تعليق فقد بذلت الجهد على قدر الاستطاعة في تعليقه بتوفيق الله تعالى وعونه إنه هو الموفق المستعان، لا حول ولا قوة إلا بِالله العلي العظيم.

عبد الحكيم بن العلامة مولانا خدايداد المرحوم الأفغاني البند تيموري غفر لهما الباري آمين.

خطبة الكتاب

بِسْم الله الرحمن الرحيم

الحمد لِله وكفى وسلام على عباده الذين اصطفى.

أما بعد: فقد قال الله تعالى سبحانه: {إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْراةَ فِيها هُدىً وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتابِ الله } إلى أن قال {وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ الله فَأُولئِكَ هُمُ الْكافِرُونَ} وقال في آخر الآية الثانية {وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ الله فَأُولئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} ثم قال بعد آية{ وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ بِما أَنْزَلَ الله فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ الله فَأُولئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ} ثم قال {وَأَنْزَلْنا إِلَيْكَ الْكِتابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقاً لِما بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتابِ وَمُهَيْمِناً عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ الله وَلا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ عَمَّا جاءَكَ مِنَ الْحَقِّ} ثم أكد ذلك في أية بعد ذلك {وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ الله وَلا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ الله إِلَيْكَ} فهذه الآيات تدل على أن الله سبحانه أنزل كتبه التوراة والإنجيل والقرآن وغيرها من الصحف فرقانًا بين الحق والباطل ليحكم بها الأنبياء والعلماء الذين هم ورثة الأنبياء، أنزلت هذه الكتب هي شفاء ونور، لكن من أعظم مصالحها الحكم بها فيما يقع بين الناس من المنازعات والمخاصمات، ثم أخبر الله سبحانه عن الأنبياء والعلماء والأحبار السابقين انهم كانوا يحكمون بالتوراة، وذكر لمن لم يحكم بما أنزل الله تعالى انهم هم الكافرون الظالمون الفاسقون، ثم أمر الله سبحانه نبيه الأعظم ورسوله الأكرم أن يحكم بالقرآن ولايتبع أهواء أهل الكتب، ثم أكد ذلك في آية ثانية بعدها وحذره منهم لئلا يوقعوه في الفتنة، والغرض الأصلي تحذير أمته وتنبيهها وتوطينها على أن تحكم بما أنزل الله تعالى ولا

تتبع أهواء اليهود والنصارى لأن النبي صلى الله عليه وسلم معصوم عن اتباع أهوائهم، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحكم بالقرآن على ما يُريه الله تعالى كما {إِنَّا أَنْزَلْنا إِلَيْكَ الْكِتابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِما أَراكَ الله} ففي قوله سبحانه بما أراك الله إشارة إلى الوحي الخفي الذي يوحيه إليه في تفسير القرآن الكريم، وفيه دلالة على أن الكتاب والسنة هما أساسان للدستور الإسلامي، ثم إنه صلى الله عليه وسلم ولّىٰ الحكم والقضاء أصحابه، فكان عمر وعليّ ومعاذ وكثير من الصحابة رضي الله تعالى عنهم يقضون على عهده صلى الله عليه وسلم ويرتجعون إليه في مشكلات المسائل والأحكام، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يرشدهم ويعلمهم، وكان الأمر على ذلك في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعليّ وخلافة بني أمية وبني العباس رضي الله تعالى عنهم ولما كان الحكم والقضاء نافذاً وجاريًا بكتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وعامة الناس كانوا على هدىً وخير طالبين للحق تاركين للهوى وفق الله تعالى المجتهدين من العلماء لشرح القانون الإلهي أعني القرآن العظيم على توضيحات السنة وتفاسير الرسول صلى الله عليه وسلم وأقضية الصحابة رضي الله تعالى عنهم وفتاوئهم التي قضوا وافتوا بها على عهده صلى الله عليه وسلم وبعده في زمن الخير فاظهر هؤلاء الأئمة الأعلام تفاصيل هذا الدستور في جميع شئون الحياة الاجتماعية والانفرادية من العقائد فحصل علم الكلام والعقائد، ومن تهذيب النفس وتزكية الإخلاص حصل علم التصوف، ومن العبادات والمعاملات والعقوبات حصل علم الفقه فلم يتركوا شيئًا إلا قيدوه بمعاقل الشرع واظهروا حكمه على القواعد الكلية التي حكتها الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن صدر منبع العلوم والحكم ومعدن الجود والكرم، فجميع هذه العلوم علوم إلهية خزانتها القرآن، ولنعم

ما قيل: جميع العلوم في القرآن لكن تقاصر عنه افهام الرجال والرسول شارِح ومفسر ومعلم لكتاب الله تعالى، والفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم مترجمون ومبينون لعلل الحكم، ومن هذا قالوا قياس المجتهد مظهر لحكم ولا يكون مثبتًا له ثم لما كان المجتهدون كثيرين في زمن التابعين وتابعيهم واشتهر منهم بضبط الأصول والفروع أربعة، الإمام الأعظم أبو حنيفة، والإمام مالك، والإمام الشافعي، والإمام أحمد رحمهم الله تعالى جمعت الأمة على التمسك بفقه هؤلاء الأربعة، وأن لا يقبل من دونهم قياس ولا اجتهاد لئلا يقع التفرق والانتشار في الأمة، وتبقي كلمتها محققة وغير متشتة فَلَو تفكر متفكر علم أن فقه الأئمة منقبة عظيمة اختصت بها هذه الأمة من بين الأمم، فلم يوجد مثل أبي حنيفة ومالك في أصحاب موسى عليه السلام ولا في حواري عيسى عليه السلام، بل فقه هؤلاء من معجزات رسولنا صلى الله عليه وسلم الخالدة إلى يوم القيامة حيث وجد في أمته من الأئمة من اغترفوا من ينابيع الحكمة الجارية من صدر النبي الأمي من العلوم والحِكم ما كانت دساتير وقوانين ضامنة وكافلة لسعادة البشر إلى يوم القيامة فالفقه المدون نعمة عظيمة من الله سبحانه يجب علينا شكر هذه النعمة، والعجب بل الأسف على أنه نشأت في هذا الزمان طائفة تكفر هذه النعمة العظمى عند قاطبة الأمة هداهم الله تعالى ثم ان العمل على دستور الإسلامي والقرآني يوجد في بعض الممالك الاسلامية مثلاً في أفغانستان العمل جار على الفقه الحنفي كلاً أو بعضاً، وفِي العرب السعودي العمل على الفقه الحنبلي، وفِي سودان العمل على الفقه المالكي، وفِي بعض ولايات باكستان العمل على الفقه الحنفي والحمد لِله.

نعم في عموم بلاد باكستان حيث أزدادت تعاليم الافرنجيين والنَّاس منصبغون بأهوائهم والفتن والبدع عامة كالمرزائية والبرالوية والرفض فالقانون الأنجليزي رائج فعلينا أن نجتهد لترويج الدستور الإسلامي، وطريق ذلك سهلة أن يقوم العلماء وينشئون لجنات فضائية وينادون في الناس أن يحكموا العلماء في المنازعات والمخاصمات فيحكم العلماء على ضوء القرآن والسنة وقواعد الفقه المستخرجة من القرآن والسنة، والحكم إذا كان متفقاً عليه بين المتخاصمين وحكم بينهما ورضي المتخاصمان على حكمه فلا تمنع من ذلك أية حكومة كافرة فكيف في هذه الحكومة التي تسمى نفسها جمهورية إسلامية.

ثم بعد ذلك نشكر حضرة العلامة الإمام الفهامة عمدة المتكلمين وزبدة الفقهاء والمفسرين مولانا الشيخ شمس الحق الأفغاني وزير المعارف في الولايات المتحدة البلوشستانية حيث جمع القواعد الكلية التي تتعلق بالقضاء والافتاء من كتب الفقه الحنفي وهي تبلغ—٧٣٧– مادة على طراز جديد وعبارات قانونية وهي حاوية لأمهات المسائل من المعاملات والعقوبات نافعة جدًا للقاضي والمفتي جزاه الله تعالى عنا وعن جميع المسلمين خير الجزاء، ثم إن الشيخ من علينا بالإذن لنشرها في مجلة الصديق العربية فنوردها في الصديق هدية للنظار الكرام، والمرجو من أهل العلم وأرباب الفضل أن يقدروا هذا المحمود، وبشكر الله سبحانه على توفيقه إيانا لنشرها إنه هو الموفق وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(أبو سعيد عبد الله)

بسم الله الرحمن الرحيم

المقالة الأولى في الاحكام العدلية

الباب الأول في بيان الكليات التي يرجع إليها كثير من مسائل القضاء

١-المادة: الأمور بمقاصدها. (١)

يعني الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، والاشباه والنظائر للسبكي، وترتيب اللالي في سلك الأمالي لناظرزاده، وقواعد الخادمي، وغيرها.

الأصل في هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم »إنما الأعمال بالنيات« وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب. (الأشباه والنظائر للسيوطي)

مثالها ما قال ابن نجيم في الأشباه: من أن بيع العصير ممن يتخذه خمرا إن قصد به التجارة فلا يحرم وإن قصد به التخمير حرم وكذا غرس الكرم على هذا، وعلى هذا عصير العنب بقصد الخلية أو الخمرية، والهجر فوق ثلاث دائر مع القصد، فإن قصد هجر المسلم حرم وإلا لا، والإحداد للمرأة على ميت غير زوجها فوق ثلاث دائر مع القصد، فإن قصدت ترك الزينة والتطيب لأجل الميت حرم عليها، وإلا فلا، انتهى.

اعلم أن هذه القاعدة أكثرية لا كلية فإنه قد يترتب الحكم على فعل أو قول بدون النية، مثال ذلك: لو قال شخص لآخر: بعتك مالي هذا أو أوصيت لك به يصح البيع أو الوصية، بدون الاحتياج إلى النية، وكذا الإقرار، والوكالة، والإيداع، والإعارة، والقذف، والسرقة كلها أمور لا تتوقف على النية بل فعلها يكفي لترتب الحكم، كذا في درر الحكام لعلي حيدر.

٢-المادة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.[(١)]
ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء.

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وترتيب اللالي في سلك الأمالي لناظرزاده، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن العقود والتصرفات لا ينظر فيها للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهما الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني، ومثالها إذا قال وهبتك هذه الدابة بمائة كان عقد بيع لا هبة لذكر العوض، ولو قال وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بكذا كان هذا عقد إجارة، ولهذه القاعدة مستثنيات وهي: لو باع شخص شيئا لآخر مع نفي الثمن بقوله قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلا ولا يعتبر العقد هبة كذلك لو آجر شخص آخر فرسا بدون أجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية؛ لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض، والعارية تفيد عدم العوض وبما أن بين معنى اللفظين تضادا فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة. (دررالحكام لعلي حيدر)

اعلم أن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها، وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقيل هو بيع صحيح، وقيل بيع فاسد، وقيل هو رهن. والمفتى به هو القول الجامع، وعليه جرت المجلة في المادة / ١١٨ / وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح، وشبه بالفاسد، وشبه بالرهن، وله من كل شبه بعض أحكام المشبه به، ولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه، كالمضاربة فإن المال عند المضارب أمانة، فإذا تصرف فهو وكيل، فإذا ربح فهو شريك، فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة، فإذا خالف فهو غاصب. (جامع الفصولين، الفصل الثلاثين)

٣-المادة: اليقين لا يزول بالشك. [١]

٤-المادة: الأصل إبقاء ما كان على ما كان. [٢]

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة ما رواه الشيخان وغيرهما عن عباد بن تميم، عن عمه، أنه شكا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: »لا ينفتل – أو لا ينصرف – حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا«" ولأن اليقين قوي من الشك والقوي لا يزول بالضعيف، فإن قيل اليقين والشك نقيضان لا يجتمعان فلا يوجد الشك حيث يوجد اليقين فكيف يصح اليقين لا يزول بالشك، قلنا المراد بالشك الشك الطارئ فجملة القول أن اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ فلا محل للاعتراض بتاتاً.

مثال هذه القاعدة: لو أقر شخص بمبلغ لآخر قائلا أظن أنه يوجد لك بذمتي كذا مبلغ فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم؛ لأن الأصل براءة الذمة، والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين بشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له، فإن إقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن، وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر كما لا يخفى.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وترتيب اللالي في سلك الأمالي، والاشباه النظائر لابن نجيم، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة أيضاً ما رواه الشيخان وغيرهما عن عباد بن تميم، عن عمه، أنه شكا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: »لا ينفتل – أو لا ينصرف – حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا".

وشرحها أن ما ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفياً يبقي على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره، فإذا جهل في وقت الخصومة حال الشئ وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه وكان لذلك الشيء=

٥-المادة: القديم يترك على قدمه.[1]

=حال سابقة معهودة فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم دليل على خلافها.

مثالها: إذا ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع بدل الإجارة إلى المؤجر، وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض فالقول قولهم، لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في الذمة.

ولهذه القاعدة مستثنى، وذلك أن الأمين يصدق يمينه في براءة ذمته، فلو ادعى المودَع أنه أعاد الوديعة أو أنها تلفت في يده بلا تعد ولا تقصير يقبل ادعاؤه مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفا بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها بالدليل، لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودَع، والسبب في ذلك أن الأمين يدعي هنا براءة الذمة من الضمان، وأما المودِع فهو يدعي شغل ذمة الأمين، وذلك خلاف الأصل. (درر الحكام لعلي حيدر)

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وترتيب اللالي في سلك الأمالي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة ما رواه الترمذي وغيره عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه" فإن المدعي عليه يقول بالقديم وهو عدم لزوم شيء في ذمته فيعتبر قوله ما لم يثبت المدعي خلافه بالدليل.

وشرحها أن ما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم من أشياء ومرافق مشروعة في أصلها يبقى لهم كما هو ويعتبر قدمها دليلاً على أنها حق قائم بطريق مشروع ما لم يقم دليل على خلافه، فالمراد أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حال القديم ما لم يثبت خلافه.

أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا يترك على قدمه مهما تقادم عهده؛ لأن الضرر لا يكون قديما، مثلا لو أن بالوعة دار تجري من القديم في الطريق العام لا ينظر إلى قدمها وتزال؛ لأنه غير ممكن =

٦-المادة: الضرر لا يكون قديما.[1]

= احتمال مشروعية ذلك.

ما هو القديم؟ هو الذي لا يعرف أوله أما إذا كان أوله معروفا فلا يعد قديما مثلا: لو أن ميزاب دار شخص يجري من القديم على دار شخص آخر فصاحب الدار الثانية لا يحق له منعه. (درر الحكام لعلي حيدر)

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن الضرر قديمه كحديثه في الحكم، فلا يراعى قدمه ولا يعتبر، بل يزال. وليس المراد أنه لا يتصور التقادم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوله، وإن هذه القاعدة بمنزلة القيد للتي قبلها، فوضعت عقبها لإفادة أن القاعدة السابقة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بأن لا يكون القديم ضررا، فلو كان ضررا فإنه يزال ولا عبرة بقدمه، فإن ضرره يكون دليلا على أنه لم يوضع بوجه شرعي.

ثم إن المراد بالضرر الذي يزال ولا يراعى قدمه ما كان ضررا بينا، أي فاحشا، وبيان ذلك أن الضرر قسمان: (١) عام، (٢) وخاص– أما العام فإنه يزال مطلقا بلا تفصيل فيه بين الفاحش وغير الفاحش، لأن كونه عاما يكفي لاعتباره فاحشا، كما لو كان لدار مسيل ماء أو أقذار في الطريق العام يضر بالمارين، أو غرفة بارزة وطيئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها، فإن كل ذلك يزال مهما كان قديما (المادة / ١٢١٤ و ١٢٢٤ / من المجلة) – وأما الخاص فهو نوعان: فاحش، وغير فاحش، فالفاحش يزال كما يزال الضرر العام، ولا عبرة لقدمه، وذلك كما لو كان لرجل مسيل ماء أو أقذار يجري في دار آخر من القديم، وكان يوهن بناء الدار أو ينجس ماء بئرها، فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة تحفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأي وجه كان، ومثله ما ذكره في الفتاوى الخانية، في فصل الأنهار، بقوله: بالوعة قديمة لرجل على شقة نهر يدخل في سكة غير نافذة، قال أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى: لا عبرة للقديم والحديث في هذا ويؤمر برفعه فإن لم يرفعه يرفع الأمر إلى صاحب الحسبة ليأمره بالرفع. انتهى.=

٧-المادة: الأصل براءة الذمة. [١]

فإذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلِف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة.

٨-المادة: الأصل في الصفات العارضة العدم. [٢]

=وأما الضرر الخاص الغير الفاحش، كما لو كان لدار رجل حق التسييل في أرض الغير أو في طريق خاص، فإن كل ذلك فيه نوع ضرر ولكنه دون الضرر السابق الفاحش. فإذا كان من القديم يعتبر قدمه ويراعى ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن الأصل أن يولد الانسان بريء الذمة من وجوب شيء عليه، وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل حتى يثبت ذلك بدليل مقبول لأن الذمة خلقت بريئة غير مشغولة بحق من حقوق الغير.

وأصل هذه القاعدة ما رواه الترمذي وغيره عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه" كذا في شرح قواعد الخادمي، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل وهو براءة الذمة، والبينة على المدعي لدعوى ما خالف الأصل، فإذا اختلفا في قيمة المتلف، والمغصوب فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة عما زاد.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

اعلم أن الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين: الأول: هي الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا وعارضا بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خاليا عنها غالبا، وهذه تسمى الصفات العارضة،=

مثلاً إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبينة على رب المال لإثبات الربح.

٩-المادة: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.[1]

=والأصل فيها العدم، ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال، وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة، الثاني: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارنا لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالبا، وهذه تسمى الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود، كبكارة الجارية وسلامة المبيع من العيوب والصحة في العقود بعد انعقادها. ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها، كذا في شرح القواعد الفقهية.

ولهذه القاعدة مستثنيات – وهي: إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الهبة فالقول له بلا يمين، وذلك حسب منطوق المادة (١٧٧٣) من أن تلف الهبة صفة عارضة، وهي خلاف الأصل فكان من الواجب بمقتضى هذه القاعدة أن يكون الموهوب له مكلفا بإثبات ذلك، ولكن بما أن الموهوب له ينكر هنا وجوب الرد على الواهب فأصبح شبيها بالمستودع، وكذلك إذا تصرف الزوج في مال زوجته فأقرضه آخر وتوفيت الزوجة وادعى وارثها أن الزوج تصرف في المال بدون إذن وطلب الحكم بضمانه، وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذنها، فالقول للزوج مع أن الإذن من الصفات العارضة، فكان الواجب أن يكون القول للوارث. (درر الحكام لعلي حيدر)

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعدالخادمي، وغيرها. هذه القاعدة مطابقة لقاعدة الأصل إبقاء ما كان على ما كان ومتممة لها، ومعنى هذه القاعدة: أن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمان الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضا باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله، كذا في درر الحكام.

فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله.

١٠-المادة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.(١)

يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم يثبت نسبته إلى زمان بعيد.

١١-المادة:الأصل في الكلام الحقيقة. (٢)

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب اللآلي في سلك الأمالي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وهذا إذا كان الحدوث متفقا عليه وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه ، يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر، أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، كما لو كان في ملك أحد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه، فإن القول لمدعي القدم، والبينة لمدعي الحدوث، حتى إذا أقام كل منهما بينته رجحت بينة مدعي الحدوث وهو صاحب الدار. (المادة / ١٧٦٨ / من المجلة) وذلك لأن بينته تثبت ولاية النقض فكانت أولى، أما مدعي القدم فهو منكر متمسك بالأصل (تنقيح الفتاوى الحامدية) ثم إن الوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه، وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجودا في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجودا قبل ذلك، والآخر ينكر دعواه، والقول للمنكر، ولهذه القاعدة مستثنيات ذكرت في درر الحكام والاشباه والنظائر لابن نجيم فليراجع إليهما.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.=

١٢-المادة: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.[١]

=وشرحها أن الأصل حمل الكلام على الحقيقة، والمجاز فرع فيه وخلف عنها، ولكونها أصلا قدمت على المجاز وكان العمل بها أولى من العمل به، ما لم يوجد مرجح له فيصار إليه ، والمراد بهذه القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان متساو استعمالهما، معنى حقيقي ومعنى مجازي، وورد مجردا عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر يراد به حينئذ المعنى الحقيقي لا المجازي، لأن المجاز، كما قلنا أولا، خلف عن الحقيقة، فترجح هي عليه في نفسها، وذلك كلفظة النكاح، فإنها حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وقد تساوى استعمالهما فيهما، فإذا جاء مجردا عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر، كما في قوله تعالى: {ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء} ترجحت الحقيقة، لأنها الأصل ولم يوجد صارف عنها إلى المجاز فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص، وأما حرمة من عقد عليها الأب عقدا صحيحا ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع، وإذا قدمت الحقيقة على المجاز عند تساويهما في الاستعمال كان تقديمها حين تكون هي أكثر استعمالا بالأولى، أما إذا وجد مرجح للمجاز فلا شك في تقديمه على الحقيقة، كذا في الأشباه والنظائر للسيوطي.

وأما إذا وردت قرينة تدل على شمول اللفظ لمعنييه الحقيقة والمجاز فيكون هذا من باب عموم المجاز عندنا ولا يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز، وعموم المجاز هو استعمال اللفظ في معنى كلي شامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي، كذا في درر الحكام.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والوجيز في إيضاح قواعد الشرع.

لأن دلالة الحال في مقابلة التصريح ضعيفة، فلا تقاوم التصريح القوي ،تعريف الصريح عند علماء أصول الفقه: هو الذي يكون المراد منه ظاهرا ظهورا بينا وتاما ومعتادا، فعليه لو أن شخصا كان مأذونا بدلالة الحال بعمل شيء فمنع صراحة عن عمل ذلك الشيء، فلا يبقى اعتبار وحكم لذلك الإذن الناشئ عن الدلالة، مثاله: لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأسا فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت، فلا يضمن؛ لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها، بخلاف ما لو نهاه=

١٣-المادة: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص. [١]

=صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن؛ لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال. (درر الحكام)

اعلم أن رجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بينهما قبل ترتب حكم مستندٍ إلى الدلالة، وأما بعد العمل بالدلالة، أي بعد ترتب الحكم وجريانه استنادا إليها، فلا اعتبار للصراحة، مثاله: لو قال شخص لآخر بعتك هذا الفرس فعلى الثاني أن يقبل في الحال، ويقول: قد اشتريت بدون وقوع إعراض منه حتى يصح العقد، فإذا لم يقل ذلك بعد الإيجاب واشتغل بأمر يدل على الإعراض فيصبح الإيجاب باطلا، فلو قبل الثاني بعد الإعراض عن البيع لا ينعقد مع أن القول وقع صراحة، فكان من الواجب أن ينعقد البيع، لكن الإعراض الدال على عدم الرغبة حكمٌ أبطل الإيجاب السابق، فالقبول اللاحق وإن كان صريحا لكنه لم يجد إيجابا صحيحا،(درر الحكام).

واستثنى من هذه القاعدة دلالة الشرع بمقابلة صراحة العبد، لأن دلالة الشرع أقوى من صريح العبد، لعدم احتمال دلالة الشرع الكذب، فيعمل بها فدلالة الشارع في أن الولد للفراش أقوى في ثبوت النسب من منكر جماع المطلقة رجعيا أو إنكاره أنه راجعها في العدة، بقوله: لم أجامعها أو لم أراجعها فيعمل بدلالة الشرع وينسب الولد إليه؛ لأن دلالة الشرع أقوى من صريح العبد (الوجيز في إيضاح قواعد الشرع الكلية).

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والوجيز في إيضاح قواعد الشرع الكلية، وغيرها.

وشرحها أن كل مسألة ورد فيها النص من الشارع لا يجوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها لأن الاجتهاد أو القياس في الفروع من الاحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع، ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني، بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني، ولا يترك اليقيني للظني، فبطل القول=

١٤-المادة: ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.[(١)]

=بحل المطلقة ثلاثا للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء، والقول بحل نكاح المتعة، والقول بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة.

والمراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسر والمحكم، وإلا فغيرهما من الظاهر والنص لا يخلو عن احتمال التأويل.

اعلم أنه أي فائدة لوضع هذه القاعدة هنا، لأن باب الاجتهاد مسدود الآن كما صرح به الفقهاء، يجوز أن يكون المقصود من وضع هذه القاعدة المذكورة الإيماء للمفتين والقضاة بأن يقفوا عند حدهم، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع وأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد في ترجيح إحدى روايتين متساويتين أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح فيهما بحسب الحوادث والأشخاص إلى ما لم يفوض إليهم، وذلك مثل ما قالوا في الزوج إذا أوفى زوجته معجل مهرها فهل له أن يسافر بها أو لا؟ فظاهر الرواية أن له ذلك، وقال أبو القاسم الصفار وأبو الليث: ليس له ذلك لفساد الزمان وسوء حال الأزواج، واختار بعضهم تفويض ذلك للمفتي، فمتى علم من حاله الإضرار بها أفتاه بعدم الجواز، ومتى علم منه غير ذلك أفتاه بالجواز. وقد نصوا في مثل هذا على أن المفتي لا بد له من نوع اجتهاد وأنه يفتي بما وقع عنده من المصلحة. (شرح قواعد الفقهية)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن الحكم الشرعي إذا كان ثابتا بنص القرآن أو السنة أوالإجماع، وورد معدولا به عن سنن القياس، لا يجوز أن يقاس عليه غيره، بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير لعلة جامعة بينهما، وذلك لوجود اعتبارات تشريعية خاصة بها، فغير هذه الأحكام لا يقاس عليها، لأنها وردت على خلاف القواعد العامة الثابتة في الشريعة.

والقياس: جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعلة واحدة فيهما، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى: {فاعتبروا يا أولي الأبصار} لأن الاعتبار هو النظر في الثابت لأي معنى ثبت وإلحاق نظيره به، وهو القياس بعينه.=

١٥-المادة: الاجتهاد لا ينقض بمثله.[١]

١٦-المادة: المشقة تجلب التيسير.

يعني أن الصعوبة تصير سببا للتسهيل، ويلزم التوسيع في وقت المضايقة، يتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك، وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية مستنبطة من هذه القاعدة.[٢]

=مثالها: شهادة خزيمة رضي الله تعالى عنه فقد جعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم تعدل شهادة رجلين فلاتقبل شهادة مسلم واحد بمفرده غير خزيمة رضي الله تعالى عنه.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وفي الأشباه لابن نجيم: ودليلها الإجماع، وقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل، وخالفه عمر رضي الله عنه فيها، ولم ينقض حكمه، وعلته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول، وأنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة، انتهى، وفِي غمز عيون البصائر: وقد صح أن عمر – رضي الله عنه لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء، واختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم أتى المقضي عليه عمر – رضي الله عنه – فسأله عن حاله فقال قضى عليّ فقال له: لو كنت أنا مكانه لقضيت لك= =فقال له: ما يمنعك عن القضاء فقال له: ليس هناك نص والرأي مشترك يعني ولا مزية لأحد الرأيين على الآخر، انتهى.

(تنبيه) ما ذكر هو في القاضي المجتهد، أما المقلد الذي تقلد القضاء مقيدا بمذهب معين، فإنه يتقيد به، فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلا مجتهدا فيه. (الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب القضاء، من فصل الحبس)

[٢]ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائرلابن نجيم، وغيرها.

١٧-المادة: الأمر إذا ضاق اتسع. [1]

يعني إذا ظهر مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع.

الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى {يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر}]البقرة: ١٨٥[وقوله تعالى {وما جعل عليكم في الدين من حرج}]الحج: ٧٨[وقوله صلى الله عليه وسلم »بعثت بالحنيفية السمحة« أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله، ومن حديث أبي أمامة والديلمي، وفي مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها. (الأشباه والنظائر للسيوطي)

وانما تجلب المشقة التيسير لأن الحرج مدفوع بالنص، ولكن جلبها التيسير مشروط بعدم مصادمتها نصا، فإذا صادمت نصا روعي دونها. (الأشباه والنظائر لابن نجيم)

والمراد بالمشقة الجالبة للتيسير: المشقة التي تنفك عنها التكليفات الشرعية. أما المشقة التي لا تنفك عنها التكليفات الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم الزناة وقتل البغاة والمفسدين والجناة، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف، ويتفرع على هذه القاعدة انواع منها السفر، وتيسيراته كثيرة، مذكورة في كتب الفقه، ومنها المرض ورخصه مذكورة في المبسوطات، ومنها الإكراه، ومنها النسيان، ومنها الجهل، ومنها العسر وعموم البلوى، ومنها النقص فمن ذلك: عدم تكليف الصبي، والمجنون، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال: كالجماعة، والجمعة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم)

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائر لابن نجيم

وهذه القاعدة في معنى القاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وتمام القاعدة، كما في " مرآة المجلة :" " وإذا اتسع ضاق " يعني أنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله، كما في قاعدة: الضرورة تقدر بقدرها.

ومثالها: وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة، وجواز طعن المزكي في الشهود، وطعن المحدث في الرواة.

١٨-المادة: لا ضرر ولا ضرار. (١)

١٩-المادة: الضرر يزال. (٢)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر للسيوطي، والاشباه والنظائر لابن نجيم.

وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم »لا ضرر ولا ضرار« أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلا وأخرجه الحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني، ومن حديث أبي سعيد الخدري وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، والفرق بين الضرر والضرار أن معنى الأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، ومعنى الثاني إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعال مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة.

والقاعدة مقيدة إجماعا بغير ما أذن به الشرع من الضرر، كالقصاص والحدود وسائر العقوبات والتعازير، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، على أنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضا. (شرح القواعد الفقهية)

ويبتنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، فمن ذلك؛ الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات، والحجر، والشفعة فإنها للشريك؛ لدفع ضرر القسمة، وللجار لدفع ضرر الجار السوء والقصاص والحدود، والكفارات وضمان المتلفات والجبر على القسمة بشرطه؛ ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة.(الأشباه والنظائر لابن نجيم)

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها أنه تجب إزالة الضرر، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب، وهذه هي المسوقة لبيان وجوب إزالته إذا وقع.

٢٠-المادة: الضرورات تبيح المحظورات.[١]

٢١-المادة: الضرورات تتقدر بقدرها.[٢]

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام الشرعية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

ويتفرع على هذه القاعدة أكل الميتة عند المخمصة، وإساغة اللقمة بالخمر لمن غص، ولم يجد غيرها، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، ويجوز للعليل أكل الميتة وشرب الدم والبول إذا أخبره طبيب مسلم حاذق غير فاسق أن شفاءه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه.

وهذه القاعدة مقيدة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظور، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحظور، فإن أكره رجل على قتل غيره بقتل لا يرخص له، فإن قَتَله أَثم لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره.

(٢) ذُكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة قوله تعالى {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ باغٍ وَلا عادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ} [البقرة-١٧٣] وهذه القاعدة في قوة التقييد للسابقة، وفائدة وضع هذه القاعدة عقب السابقة التنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب. فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط، فالمضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق، أي بمقدار ما يدفع عن نفسه خطر الهلاك جوعا، والطبيب ينظر من العورة بقد الحاجة للمعالجة.

ويتفرع عليها أن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيبا لا يطلع عليه إلا النساء، فإنه يقبل فيه لأجل توجيه الخصومة فقط قول الواحدة العدل، والثنتان أحوط. فإن قالت واحدة أو ثنتان أن العيب المدعى به قائم يحلف البائع ولا يثبت حق الرد بشهادة النساء وحدهن، لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري،=

٢٢-المادة: ما جاز بعذر بطل بزواله. (١)

٢٣-المادة: إذا زال المانع عاد الممنوع. (٢)

٢٤-المادة: الضرر لا يزال بمثله. (٣)

=ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة دون الرد، فيحلف البائع فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد. (الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من خيار العيب)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أن الحكم الذي شرع لعذر معين فإذا زال العذر امتنع الحكم لأن جوازه كان بسبب العذر فهو خلف عن الأصل المتعذر فإذا زال العذر وأمكن العمل بالأصل لا يعمل بالخلف أيضاً وإلا لزم الجمع بين البدل والمبدل منه وهو لا يجوز .
وهذه القاعدة في قوة التقييد للسابقة بأن إباحة المحظور للضرورة بقدرها مقيدة بمدة قيام الضرورة، فالتيمم يبطل بوجود الماء، ويبطل جواز لبس الحرير للحكة بزوال الحكة، ويبطل جواز تحميل الشهادة للغير بعذر السفر أو المرض، بزوالهما قبل أداء الفرع للشهادة.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب اللآلي في سلك الآمالي، وغيرها.
وأفادت هذه القاعدة حكم عكس ما أفادته القاعدة السابقة، فإن السابقة أفادت حكم ما جاز بسبب ثم زال، وهذه أفادت حكم ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع.
مثالها : ما لو أوصى لوارث ثم امتنع إرثه بمانع صحت، كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصي صحت الوصية، وكذا لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة ثم قسم وسلمها صحت الهبة.

(٣) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.=

٢٥-المادة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.[١]

يتفرع على هذا منع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن.

=وهذه القاعدة تعد قيداً لقاعدة "الضرر يزال" وتفصيله أن الضرر عند وقوعه يزال بدون الضرر، لكن إذا لم يمكن إزالته إلا بضرر فإن كان الضرر الناتج عن إزالة الضرر الأول أقل رفع الأشد بالأخف سيأتي في القاعدة (٢٦) وإن كان الضرر المتوقع مثل الضرر الواقع فلا تجوز إزالته، كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعا إلا طعام مضطر مثله فلا يباح أخذه منه، لكن يجبر بقدر الإمكان إن كان مما يقابل بعوض كالعيب القديم إذا اطلع عليه المشتري وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بالنقصان، إلا إذا رضي بأخذه معيبا فيأخذه ويرد جميع الثمن، وكذا لا يزال بما فوقه بالأولى كما إذا أكره بالقتل على مسلم آخر فلا يجوز له قتله لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

استفيد بمنطوق هذه القاعدة بعض ما أفادته القاعدة السابقة بمفهومها المخالف، فإن مفهومها أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر فإن الأعلى يزال بالأدنى. وعدم المماثلة بين الضررين إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر، وهو ما أفادته هذه القاعدة، أو لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه، وهو ما أفادته القاعدة الآتية.

وشرح هذه القاعدة إنه إذا تعارض ضرران أحدهما خاص بفرد أو جماعة والآخر عام بجماعة المسلمين ولا فرار من ارتكاب أحدهما فيتحمل الخاص بالارتكاب ولا يرتكب الضرر العام لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

ويتفرع عليها جواز الرمي إلى كفار تترسوا بأسرى المسلمين لدفع ضررهم عن عموم الجماعة المسلمة، لكن ينوي بالرمي الكفار لا الأسرى، وجواز الحَجْر على الطبيب الجاهل حفظاً لأرواح الناس، وعلى المفتي الماجن حفظا لدين الناس.

٢٦-المادة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.[١]

٢٧-المادة: إذا تعارض مفسدتان تدفع أعظمها ضرراً بإرتكاب أخفهما.[٢]

٢٨-المادة: يختار أهون الشرين.[٣]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية وغيرها.
وأصل هذه القاعدة من القرآن قوله تعالى { وَ الفِتنة أشدّ من القَتل} [البقرة- ١٩١] ومن السنة حديث بول الآعرابي في المسجد والآمر بتركه ثم إلقاء الماء عليه" اخرجه البخاري ومسلم، ومن أقوال العلماء قولهم: (إن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة) ومن أمثلتها جواز أكل المضطر مال الغير بدونه إذنه لأن ضرر الهلاك أشد من ضرر الغير أن يأكل ماله، ومنها جواز الطلاق وفيه ضرر المرأة ومع ذلك يرتكب لأن ضرره أشد من ضررها.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.
وأصلها حديث عائشة رضي الله عنها، زوج النبي صلى الله عليه وسلم: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها: »ألم تري أن قومك لما بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم؟«، فقلت: يا رسول الله، ألا تردها على قواعد إبراهيم؟ قال: »لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت« رواه البخاري وغيره.
وشرح هذه القاعدة ظاهر من السابقة فلا حاجة لشرحها.
[٣] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية وشرح القوعاد الفقهية والوجيز في ايضاح القواعد الفقه وغيرها.
واصلها وشرحها واضحان مما سبق فلا حاجة لذكرهما.

٢٩-المادة: درء المفاسد أولى من جلب المنافع.[١]

٣٠-المادة: الضرر يدفع بقدر الإمكان.[٢]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام الشرعية، وقواعد الخادمي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها إذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم »إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه« ومن أمثلته ما ذكره البزازي في فتاويه: ومن لم يجد سترة ترك الاستنجاء، ولو على شط نهر؛ لأن النهي راجح على الأمر حتى استوعب النهي الأزمان، ولم يقتض الأمر التكرار، انتهى. (الأشباه والنظائر لابن نجيم)

ومنها منع المالك من التصرف في ملكه فيما إذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً.

ويستثنى منها ما إذا كانت المنفعة فائدتها أزيد بكثير مما يترتب على المفسدة من الأضرار فتقدم المنفعة على المفسدة القليلة الضرر، مثل أن التكلم بالكذب مفسدة ولكن إذا اريد به إصلاح ذات البين يجوز على قدر الحاجة إليه، وكذلك إذا أراد متغلب ظالم أخذ الوديعة من المستودع غصباً عنه فله أن يكذب وينكر وجود وديعة عنده محافظة عليها. (درر الحكام لعلي حيدر)

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي وغيرها.

وشرحها أن الضرر يدفع بقدر يمكن، فإن أمكن دفعه بالكلية فبها، وإلا فبقدر ما يمكن. فإن كان مما يقابل بعوض جبر به، كما لو عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص انقلب نصيب الباقين دية، وعبر بعضهم عن هذه القاعدة بأن الضرر مدفوع ومرفوع، يعني يدفع قبل وقوعه ويرفع بعد وقوعه فإن الضرر مفسدة يجب رفعه وإزالته إذا وقع كما يجب دفعه قبل وقوعه.

أما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره على الوجه المشروع فإنه يترك على حاله كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعا إلا طعام مضطر مثله.

٣١-المادة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامةً وخاصةً. (١)

ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء حيث لما كثرت الديون على أهل بخارى مسّت الحاجة إلى ذلك فصار مرعياً.

٣٢-المادة: الاضطرار لا يبطل حق الغير. (٢)

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهيه، وغيرها.

والفرق بين الحاجة والضرورة أن الحاجة مبنية على التوسيع والتسهيل فيما يسع للعبد تركه كالإجارة والسلم والاستصناع، ومبنى الضرورة على فعل ما لا بد منه للتخليص عن عهدة تلزم العبد، ولا يسعه الترك، كذا في شرح المجلة للأتاسي وشرحها أن الحاجة تتنزل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة عامة كانت الحاجة أو خاصة. وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكما. وإن افترقا في كون حكم الأولى مستمرا وحكم الثانية موقتا بمدة قيام الضرورة إذ الضرورة تقدر بقدرها.

وكيفما كانت الحاجة فالحكم الثابت بسببها يكون عاما بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة فإنه يكون مقتصرا وخاصا بمن تعارفوه وتعاملوا عليه واعتادوه، وذلك لأن الحاجة إذا مست إلى إثبات حكم تسهيلا على قوم لا يمنع ذلك من التسهيل على آخرين، بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة فإنه يقتصر على أهل ذلك العرف إذ ليس من الحكمة إلزام قوم بعرف آخرين وعادتهم ومؤاخذاتهم بها، ولذا جوز الفقهاء بيع الوفاء للحاجة وإن كان القياس يقتضي عدم جوازه لوجود شرط فيه نفع لأحد العاقدين مع أن هذه الحاجة لم تكن عامة بل خاصة بأهالي البخارى.

وجواز بيع السلم مستند على هذه القاعدة لأنه بيع المعدوم والقياس يقتضي أن يكون باطلاً لكن جوز لحاجة الفلاحين فإن أكثرهم في آخر السنة يصبحون باحتياج شديد إلى النقود قبل ادراك محصولهم.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.=

ويتفرع على هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الآخر يضمن قيمته.

٣٣-المادة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه.[1]

=وهذه القاعدة تقيد قاعدتي "الضرورات تبيح المحظورات" و "ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها" حيث تبين أن إباحة المحظور للضرورة بقدرها مطلقاً إنما هي فيما يتعلق بحق الله تعالى، وأما فيما يتعلق بحق الأدمي فإنه وإن أبيح في حال الضرورة إلا أنه مشروط بضمانه.

وشرح هذه القاعدة أن الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار بأمر سماوي، كالمجاعة والحيوان الصائل، أو غير سماوي، كالإكراه الملجئ، ففي الأول: يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعا، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل، ويضمن في المحلين وإن كان مضطرا، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير، وفي الثاني: إذا كان واردا على إتلاف مال الغير، فإن المكرِه "بالكسر" يضمنه، أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكرِه لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير.

ويتفرع على هذه القاعدة ما لو انتهت مدة الإجارة أو العارية والزرع بقل لم يحصد بعد، فإنه يبقى إلى أن يستحصد، ولكن بأجر المثل، لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة قوله تعالى {وَتَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوى وَلا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوانِ} [المائدة– ٢] فإن إعطاء الحرام تعاون عليه.=

٣٤-المادة: ما حرم فعله حرم طلبه.[1]

=وشرحها أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضا أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه سواء أكان على سبيل المنحة ابتداء أم على سبيل المقابلة، وذلك لأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه، فيكون المعطي شريك الفاعل. ومن المقرر شرعا أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه، لقوله تعالى:{وتعاونوا على البروالتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} فكما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه، وكذلك: الرشوة، وحلوان الكاهن، وأجرة المغني.

ويستثنى من عموم هذه القاعدة (أ) ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه،(ب) وما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجا (ج) وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي (د) وما يدفعه الإنسان رشوة لخوف على ماله أو نفسه أو ليسوي أمره عند سلطان أو أمير، فإن جميع ما دفع في هذه الوجوه يحرم على الآخذ، دون المعطي.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وأصل هذه القاعدة أيضا قوله تعالى {وَتَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوى وَلا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوانِ} [المائدة-٢].

وشرحها أن ما حرم فعله بنفسه حرم طلبه من الغير، وكذا ما يكره فعله يكره طلبه، إذ السكوت على الحرام أو المكروه والتمكين منه حرام ومكروه، ولا شك أن طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه، فيكون مثله في أصل الحرمة بالأولى وإن تفاوتت الحرمتان بالقوة.

فكما لا يجوز غش الغير، ولا خديعته، ولا خيانته، ولا إتلاف ماله، ولا سرقته، ولا غصبه، ولا الرشوة، ولا فعل ما يوجب حدا أو تعزيرا أو إساءة: لا يجوز طلب شيء منها أن يفعله الغير.=

٣٥-المادة: العادة محكمة.[١]

يعني أن العادة عامةً أو خاصةً تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي.

٣٦-المادة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها.[٢]

=ويستثنى منها مسألة، وهي: ما لو ادعى دعوى صادقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه. وفي الحقيقة لا استثناء، لأن طلب اليمين يكون رجاء لظهور الحق بنكوله عن اليمين الكاذبة لا رجاء الإقدام عليها.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية والاشباه والنظائر لابن نجيم، والاشباه والنظائر للسيوطي، وغيرها.

وأصلها قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه »ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيء« رواه الحاكم في المستدرك.

وشرحها أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حَكَمًا لإثبات حكم شرعي، العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى. وهي المرادة بالعرف العملي، فالمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايرا لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم ولا منكرا في نظرهم. والمراد من كونها عامة: أن تكون مطردة أو غالبة في جميع البلدان، ومن كونها خاصة: أن تكون كذلك في بعضها، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة، وأحكامها مبسوطة في كتب الأصول فليراجع إليه.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه وغيرها.

هذه القاعدة بمعنى القاعدة، العادة محكمة، ومبينة لها وهي شاملة للعرف القولي والعرف العملي، العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه، والعرف العملي: كتعود أهل بلدة مثلا أكل لحم الضأن أو خبز القمح،=

٣٧-المادة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. [١]

٣٨-المادة: لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان. [٢]

=فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بأن يشتري له خبزا أو لحما فليس للوكيل أن يشتري للموكل لحم جمل أو خبز ذرة أو شعير استنادا على هذا الإطلاق.

وشرحها أن استعمال الناس الغير المخالف للشرع ولا لنصوص الفقهاء ولا للشرط يعد حجة وإلا فلا يعد حجة، مثال المخالف للشرط أنه لو استأجر شخص آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة بينهما.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية.

وشرحها أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، للتيقن بكذب مدعيه، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالا جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره.

(تنبيه) الظاهر أن الممتنع حقيقة كدعوى بنوة من لا يولد مثله لمثله يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها، إذ لا فائدة في سؤاله عنها، لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان تصور صحته ولا يتصور صحة ذلك.

وأما الممتنع عادة فلا يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون سؤال الخصم لأنه لو أقر الخصم نفذ عليه، كذا في شرح القواعد الفقهية.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها أنه لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية المستندة على العرف بتغير الأزمان، أي بتغير عرف أهلها وعادتهم، فإذا كان عرفهم وعادتهم يستدعيان حكما ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير=

٣٩-المادة: الحقيقة تترك بدلالة العادة.[(١)]

=إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعادتهم، ولذا لما كان لون السواد في زمن الإمام رحمه الله تعالى يعد عيبا فقال بأن الغاصب إذا صبغ الثوب أسود يكون قد عيبه، ثم بعد ذلك لما تغير عرف الناس وصاروا يعدونه زيادة فقال صاحباه إنه زيادة، وكذلك الدور لما كانت تبنى بيوتها على نمط واحد قال المتقدمون غير زفر: يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت منها، ولما تبدلت الأزمان وصارت بيوت الدور تبنى على كيفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر من أن لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار.

وهذا التغير هو المقرر ومسلم وهو سنة الله سبحانه في تشريعه لعباده، فإنه تعالى جعل توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات، ثم لما جاء آخر الزمن وضعف التحمل وقل الجلد لطف الله سبحانه بعباده وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ورفع تلك التكليفات وقبول التوبات، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان، ومن أمثلتها أنه لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجورا فالأقل. (معين الحكام، باب القضاء بشهادة غير العدول)

ومنها: جواز تحليف الشهود عند إلحاح الخصم. (ر: المادة / ١٧٢٧ / من المجلة) ، إذا رأى الحاكم ذلك لفساد الزمان. (معين الحكام، الفصل الثاني من القسم الثالث في القضاء بالسياسة) ومما فرع على القاعدة: منع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقا لهم، لما رأى من تغير حالهم. (شرح القواعد الفقهية)

[(١)] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها أن الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازا، والمراد بالحقيقة المذكورة في لفظ القاعدة هي الحقيقة المهجورة، وإلا فإن الحقيقة=

٤٠-المادة: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.[١]

٤١-المادة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر.[٢]

=المستعملة هي المعتبرة عند الإمام دون المجاز، وإن كان استعماله أكثر من استعمالها. (شرح القواعد الفقهية)

مثالها لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان، إذ ينصرف المعنى إلى الدخول بأي وجه كان راكبا أو ماشيا، حافيا أو منتعلا لأنه هو المتعارف، لا المعنى الحقيقي، وهو مباشرة القدم دخل أو لم يدخل، لأن هذا المعنى مهجور عرفا، والعرف قاض على الوضع، وقد تركت الحقيقة هنا بدلالة العادة والعرف.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وهي في الحقيقة تقييد للقواعد التي جعلت العادة فيها مرعية على الإطلاق ومثالها ما لو باع بدراهم، أوبدنانير، وكانت مختلفة في المالية والرواج، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجا لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه، وإذا كانت متساوية في الرواج، والمسألة بحالها، فسد العقد لأنه يؤدي إلى التنازع.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وهذه القاعدة أيضاً في الحقيقة تقييد وتوضيح للقواعد التي جعلت العادة فيها مرعية على الإطلاق، وهي وثيقة الصلة بالقاعدة السابقة.

وشرحها أن الحكم الشرعي يبني على الغالب الشائع الوجود لأن للأكثر حكم الكل ولا يبني على القليل النادر الوجود لأن النادر الوجود بمنزلة المعدوم، فإذا بني حكم على أمر غالب شائع فإنه يبنى عاما للجميع، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد، أو في بعض الأوقات.

فقد جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه، لغلبة العقوق.=

٤٢-المادة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. [(١)]

٤٣-المادة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. [(٢)]

٤٤-المادة: التعين بالعرف كالتعيين بالنص. [(٣)]

=وقالوا: ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، لفساد حال القضاة، وصححوا الاستئجار على الإمامة والأذان والتعليم؛ لتكاسل الناس عن القيام بها مجانا، وجعلوا كل ذلك أحكاما عامة، مع أنه لا شك في التخلف في بعض الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا له وجعلوا العبرة للكثير الغالب.

[(١)] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أن المعتاد المتعارف بين الناس بمنزلة صريح اللفظ وإن لم يذكر صريحاً فَلَو اجر رجل عاملاً من غير تحديد الأجرة يجبر صاحب العمل على دفع الأجرة المتعارف عليها.

[(٢)] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وهذه القاعدة داخلة تحت القاعدة السابقة، وذكرها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتماماً بشأن المعاملات التجارية، فما وقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة، فَلَو تبايع تاجران شيئًا ولَم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقد أو نسيئة فعقد البيع وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالاً إلا أنه إذا تعارفوا على أن الثمن يؤدي بعد أسبوع أو شهر لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً وينصرف إلى عرفهم وعادتهم في الأجل لأن المعروف بينهم كالمشروط، ولا يتوهم من هذه القاعدة قصر العمل بالعرف في الأمور التجارية على ما يجري بينهم فقط بل المراد أن كل عمل هو من نوع التجارة إذا سكت فيه عن قيد فالمرجع في ذلك العرف الجاري بين التجار. (شرح المجلة للأتاسي)

[(٣)] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.=

٤٥-المادة: إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع.[1]

=وشرحها أن أيّ حكم يترتب على التعين بصريح النص يترتب على التعين بالعرف والعادة.

ويتفرع منها فروع منها الإعارة المطلقة المتقيدة بالعرف والعادة، مثال ذلك: لو أعار شخص آخر دابة إعارة مطلقة لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف، فلو حملها حديدا أو سلك بها طريقا وعرا وكان تحميل الحديد وسلوك تلك الطريق غير معتاد يضمن.

وكذلك الوكيل ببيع شيء وكالة مطلقة تعتبر عادة بأن لا يكون تصرفه مضرا بالموكل، فلو وكل شخص آخر ببيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بثمن معجل أو مؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار، ولا يجوز له أن يبيعه لأجل أبعد من المعتاد.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها أن كل شيء إذا تعارض عليه مانع ومقتضي يقدم المانع ويعمل بموجبه لا بالمقتضي لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات.

ويتفرع منها فروع منها ما لو أقر المريض مرض الموت لوارثه ولأجنبي بدين أو عين مشترك على الشيوع، بطل فيهما.

ومنها: ما إذا كان السفل لواحد والعلو لآخر، فإن كلا منهما ممنوع عن التصرف في ملكه بما يضر بملك صاحبه، تغليبا للمانع على المقتضي.

ومنها: ما لو ضم ما لا يحل بيعه كالخنزير إلى ما يحل في صفقة واحدة يفسد البيع. (الدرر، من أواخر كتاب النكاح)

وينبغي أن يقيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضى بما إذا لم يرب المقتضي على المانع، بأن تساويا، كما في مسألة بيع الراهن العين المرهونة فإن المانع والمقتضي متساويان فيها لتعلقهما بالمال المرهون على السواء، أو ربا المانع؛ كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر إذا كان يترتب على=

فلا يجوز بيع الرهن من الآخر ما دام في يد المرتهن.

٤٦-المادة: التابع تابع. [١]

فإذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجَنِين في البيع تبعاً.

٤٧-المادة: التابع لا يفرد بالحكم. [٢]

فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن أمه.

٤٨-المادة: من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته. [٣]

=الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره، فإنه حينئذ يقدم المانع. أما إذا ربا المقتضي على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضي، بدليل ما ذكروا في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جبرا عليه، ويضمنه له، وتجويزهم التناول جبرا على المالك فيه ترجيح للمقتضي، وهو إحياء النفس، على المانع وهو كون الطعام ملك الغير، وما ذاك إلا لكون المقتضي رابيا على المانع فإن حرمة النفس أعظم من حرمة المال. (شرح القواعد الفقهية)

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها أن ما كان تابعاً لغيره في الوجود تابع له في الحكم، ولا ينفرد به بل يدخل في حكم متبوعه فإذا بيعت الدابة وفِي بطنها حمل يدخل في البيع تبعا لأمه ولا يجوز افراده بالبيع، والتابع ههنا ما لا يوجد مستقلا بنفسه بل وجوده تبع لوجود متبوعه كالجنين، وكحق الشرب تبعاً للأرض، وكحق المرور تبعاً للطريق على الأظهر، فهذا التابع ينزل منزلة العدم من حيث تعلق الاحكام فلا يجوز افراده بالحكم.

[٢] هذه القاعدة من تتمة القاعدة السابقة فشرحها في شرحها.

[٣] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.=

فإذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل إليها.

٤٩-المادة: إذا سقط الأصل سقط الفرع.[١]

=وشرحها من ملك شيئا، أعم من كونه ملك عين أو تصرف، ملك ما هو من ضروراته ولوازمه عقلاً أو عرفاً ولو لم يشترط في العقد.

فمثال العين من اشترى دارا واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق من هذه السكة، ولو لم ينص عليها في العقد؛ لأن الطريق من ضرورات الدار ولوازمها، والدار بدون الطريق لا يمكن الانتفاع بها أو السكنى فيها.

وكذا من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها فله أن يحفر الأعماق ويبني فوقها الطباق.

(تنبيه) الأصل أن ما يدخل في شراء الدار وغيرها من غير ذكر يندرج تحت قاعدتين: كل ما كان في الدار من بناء وغيره يتناوله اسم المبيع عرفا، كالحجارة المخلوقة والمثبتة في الأرض والدار.

كل ما كان متصلا اتصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصل، فيدخل الشجر لاتصاله بها اتصال قرار، ولا يدخل الزرع لأنه متصل لأن يفصل.

وفي حكم المتصل المنقول المنفصل التابع للمتصل كالمفتاح تبعا للقفل بحيث لا ينتفع به إلا به فيصير في حكم الجزء.

وما لم يكن من القسمين فإنه من حقوقه ومرافقه، فلا يدخل إلا بالذكر الصريح أو بقوله: بعتكها بكل ما فيها. (شرح المجلة للأتاسي)

ومثال ملك تصرف من استأجر داراً للسكنى يدخل فيها طريقها وإن لم ينص بها في العقد.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام الشرعية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن الشيء الذي يكون وجوده فرعاً لوجود شيء آخر يكون ذلك الفرع تابعاً لهذا الأصل فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبنى عليه ولا عكس فلا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل.=

٥٠-المادة: الساقط لايعود [١] كما ان المعدوم لا يعود.

٥١-المادة: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه. [٢]

=ومثالها أن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل فَلَو أبرأ الدائن ذمة مديونه الأصيل برئ الكفيل بالمال عن الكفالة تبعاً بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل ولا يسقط الدين.

وفِي الأشباه لابن نجيم: وقد يثبت الفرع، وإن لم يثبت الأصل، ومن فروعه لو قال لزيد على عمرو ألف، وأنا ضامن به فأنكر عمرو لزم الكفيل إذا ادعاها زيد دون الأصيل كما في الخانية.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها أن كل الحقوق والواجبات التي تقبل السقوط بسبب مسقط للحق، فإنه لا يعود بعد سقوطه، ويصبح معدوما، فلا يعود كما لا يعود المعدوم إلا بسبب جديد يعيد مثلاً لا عينه.

مثالها ما لو كان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن، فإنه يسقط حقه في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن.

وفِي الأشباه لابن نجيم: فلا يعود الترتيب بعد سقوطه بقلة الفوائت بخلاف ما إذا سقط بالنسيان فإنه يعود بالتذكر لأن النسيان كان مانعا لا مسقطا فهو من باب زوال المانع، آه.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها إن الشيء الذي ثبت ضمنا إذا بطل متضمِنه لا يبقى له حكم.

مثالها ما لو أقر إنسان لآخر، أو أبرأه ولو إبراء عاما، وكان الإقرار أو الإبراء مترتبا على عقد كبيع أو صلح، ثم انتقض البيع أو الصلح بوجه ما، بطل الإقرار والإبراء.=

٥٢-المادة: إذا بطل الأصل يصار إلى البدل.[١]

٥٣-المادة: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها.[٢]

=وفِي غمز عيون البصائر: أقول: يستثنى من ذلك ما في المجتبى: لو اشترى المسلم خمرا من ذمي فشربها لا ضمان عليه ولا ثمن لأن فعله بتسليط البائع (انتهى) . فإن بيع الخمر من المسلم باطل ولم يبطل ما في ضمنه من تسليط البائع المشتري عليها، انتهى.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وأصلها قوله تعالى: (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر، وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) . البقرة، آية (١٨٤) .

وشرحها إذا بطل الأصل " بأن صار متعذرا " يصار إلى البدل ". أما ما دام الأصل ممكنا فلا يصار إلى البدل.

ومثالها أنه يجب رد عين المغصوب إذا كان قائما في يد الغاصب، لأنه تسليم عين الواجب، وهو الأصل على الراجح، لأنه رد صورة ومعنى وتسليم البدل رد معنى فقط، وهو مخلص وخلف عن الواجب، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، أما إذا تعذر رد الأصل، وهو رد عين المغصوب بأن كان هالكا أو مستهلكا، فيجب حينئذ رد بدله من مثل أو قيمة. (المادة / ٨٩١ / من المجلة)

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وأصلها في أصول الإمام الكرخي وهو قوله: (الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعا وحكما وإن كان يبطل قصدا) لأن الشرائط الشرعية المطلوبة يجب توافرها جميعا في المحل الأصلي، ولكن التوابع قد يتساهل في استيفائها بعض هذه الشروط، لأنه قد يكون للشيء قصدا شروط مانعة، وأما إذا ثبت=

فَلَو وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز أما لو أعطى جولقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري.

٥٤-المادة: يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.[1]

مثال ذلك أن هبة الحصة المشاعة لا تصح لكن إذا وهب رجل عقاراً من آخر

=ضمنا أو تبعا لشيء آخر فيكون ثبوته ضرورة ثبوت متبوعه أو ما هو ضمّنه، ففي المثال المذكور لا يصح أن يكون البايع وكيلا عن المشتري في القبض قصدا، ويصح ضمنا في ضمن الأمر بالكيل في الغرارة وكذا لا يصح وقف حق الشرب ويصح تبعاً للأرض.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، في شرح القواعد الفقهية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها أنه يغتفر أي يتسامح ويتساهل في البقاء أي في خلال الأمر وأثناءه ما لا يغتفر في الابتداء، وذلك لأن البقاء أسهل من الابتداء، كما هو نص في القاعدة الآتية ولذلك كان الاستصحاب يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق، لأن الدفع: عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه. والاستحقاق: نزع وابتداء. ورفع الأول أسهل، فاكتفي فيه بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني، فإنه أهم فلا بد فيه من الدليل.

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل فيها عكسها أي اغتفر فيها في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء: منها ما لو فوض طلاق امرأته لعاقل، فجن فطلق لم يقع. ولو فوض إليه مجنونا فطلق وقع، ومنها: ما لو وكل عاقلا بالبيع، فجن جنونا يعقل معه البيع والشراء، فباع، لم ينفذ. ولو وكله وهو بهذه الحالة من الجنون فباع نفذ (الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من باب تفويض الطلاق) ومنها: ما لو ولى السلطان قاضيا عدلا ففسق، انعزل _ على قول _ ولو ولاه فاسقا صح.

فاستحق من ذلك العقار حصة شائعة كالنصف مثلاً لا تبطل الهبة في حق الباقي مع أنه صار بعد الاستحقاق حصة شائعة.

٥٥-المادة: البقاء أسهل من الابتداء. [١]

٥٦-المادة: التبرع لا يتم إلا بالقبض. [٢]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية وغيرها.
وهذه القاعدة هي أصل القاعدة السابقة وبمنزلة دليلها، وجميع ما قيل في تلك وما تفرع عليها يمكن أن يجري في هذه. فكان ينبغي تقديمها عليها ليكون ذكر تلك بعدها في قوة التفريع عليها. إلا أن يدعىٰ أنها أخرت عنها لتكون بمثابة التعليل لها، وهو حسن.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أنه لا يملك أحد إثبات ملك شيء لغيره بدون رضاه أي رضى الموهوب له أو المهدى إليه أو المتصدق عليه بما يُعطى وإنما ذلك يظهر بقبض المملَّك وتسلمه، ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعا ابتداء وانتهاء كالهدية والصدقة والهبة بلا شرط عوض، وبين ما كان تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء، كالهبة بشرط العوض.
وأصلها حديث عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية، فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بنية، ما من الناس أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا منك، وإني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت جذذتيه، واحتزتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو أخوك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله عز وجل، رواه محمد في موطئه
وكذا ما روي عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، أنه قال في الهبة والصدقة: »لا تجوز إلا مقبوضة معلومة« رواه أبو يوسف في كتاب الأثار.
ويستثنى من هذه القاعدة الوصية، فإنها تبرع وتتم بدون قبض.

فإذا وهب أحد شيئًا إلى آخر لا تتم الهبة قبل القبض.

٥٧-المادة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة. (١)

٥٨-المادة: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة. (٢)

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها أن تصرف الإمام وكل من ولي شيئًا من أمور المسلمين يجب أن يكون مقصودا به المصلحة العامة لمن تحت ولايتهم لأن الولاة مأمورون من قبل الشرع بتوخي المصلحة العامة والنفع للجماعة فكل عمل أو تصرف من الولاة على خلاف هذه المصلحة مردود وغير جائز.

وأصلها قوله تعالى : {ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف} وحديث ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: »كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته« رواه البخاري وغيره.

مثالها إذا تخير الإمام في الأسرى بين القتل والرق والمن والفداء لم يجز له ذلك بمجرد التشهي بل بالمصلحة.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وأصلها حديث عائشة رضي الله عنها: »والسلطان ولي من لا ولي له «رواه ابن ماجه في سننه.

وشرحها أن الولاية الخاصة أقوى من العامة، لأن كل ما كان أقل اشتراكا كان أقوى تأثيرا وتمكنا.

والولاية تكون عامة وخاصة: أما العامة فتكون في الدين والدنيا والنفس والمال، وهي ولاية الإمام الأعظم ونوابه، فإنه يلي على الكافة تجهيز الجيوش، وسد الثغور، وجباية الأموال، وتعيين القضاة=

=والولاة، وإقامة الحج والجماعات، وإقامة الحدود والتعازير، وقمع البغاة والمفسدين، وحماية بيضة الدين، وفصل الخصومات وقطع المنازعات، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم، وتزويج الصغار والصغائر الذين لا ولي لهم وغير ذلك من صوالح الأمور.

وأما الخاصة فتكون أيضا في النفس والمال معا، وفي المال فقط، أما الأولى فعلى أربعة أنواع –: قوية فيهما، وضعيفة فيهما، وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر:

أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد أب الأب وإن علا، فإنهما يملكان على تزويج الصغار، ومداواتهم بالكي وبط القرحة وغير ذلك، والتصرف في أموالهم بشرط حرية، وتكليف، واتحاد في الدين بالإسلام أو بغيره.

وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه له، فإنه يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة، فإنه يملك تأديبه وإيجاره ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشتري له ما لا بد له منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمعتوه بالشرط السابق ما يملكه الأب والجد عند عدمهما، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح بالنسبة لغير الابن. وأما الابن فإنه لا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل لأن ولايته في النفس كولاية الأب والجد، بل هو مقدم عليهما، وإن كانت في المال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب، ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لا بد للصغير منه، وقبض الهبة والصدقة له، وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثا له من قبل موصيهم.

وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار، فإنه يتصرف في مالهم تصرفا قويا، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب.=

فولاية المتولي على الوقف أولى من ولاية القاضي عليه.

٥٩-المادة: إعمال الكلام أولى من إهماله.[١]

=وأما ولاية المال فقط فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة إلا لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه فيبيعه عليه. (شرح القواعد الفقهية)

[١] هذه القاعدة مذكورة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

ولهذه القاعدة شقان، أحدهما: أن إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، والثاني: إذا لم يمكن إعماله يهمل، والثاني يتبين بمفهوم مخالف للأول، ولكن له فروع مستقلة عن الأول كما ستأتي فله نوع استقلال فلذا أفرده المجلة قاعدة مستقلة.

وشرحها أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يترتب عليه الحكم فالواجب حمله على المعنى المفيد للحكم لأن خلافه إهمال وإلغاء وان كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن، فلذا اذا كانت الحقيقة متعذرة أو مهجورة شرعا أو عرفا يصار إلى المجاز، والفرق بينهما أن المتعذر ما لا يصل إليه إلا بمشقة، والمهجور ما تيسر الوصول إليه، ولكن الناس تركوه.

مثال، المتعذرة ما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة أو هذا الدقيق حنث في الأول بأكل ما يخرج منها أوبثمنها إن باعها، واشترى به مأكولا، وفي الثاني بما يتخذ منه كالخبز، ولو أكل عين الشجرة، والدقيق لم يحنث على الصحيح.

ومثال المهجورة شرعاً ما لو، وكله بالخصومة فإنه ينصرف إلى الجواب مجازا فيتناول الإنكار، والإقرار بإطلاقه باعتبار عموم المجاز لأن الحقيقة مهجورة شرعا إذ الخصومة منازعة، وهي حرام فانصرف إلى الجواب؛ لأنها سببه.=

يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى.

٦٠-المادة: إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز. [١]

٦١-المادة: إذا تعذر إعمال الكلام يهمل. [٢]

=ومثال المهجورة عرفاً ما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان حنث بدخوله مطلقا سواء دخل راكباً أو ماشياً حافياً أو متنعلاً لأن الحقيقة مهجورة عرفاً. (الأشباه لابن نجيم وشرحه غمز عيون البصائر)

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها أنه إذا تعذرت الحقيقة بعدم إمكانها أصلا لعدم وجود فرد لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد، أو بعدم إيصال إليها إلا بمشقة كما لو حلف على أكل الشجرة، وكذا إذا هجرت شرعاً أو عرفاً لأن المهجور شرعاً أو عرفا كالمتعذر كما صرح به علماء الأصول يصار إلى المجاز لأن المجاز خلف عن الحقيقة، ولئلا يهمل كلام العاقل.

وأمثلة هذه القاعدة قد مرت في شرح القاعدة السابقة فليراجع إليه.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها أن كلام المكلف إذا لم يمكن حمله على معنى صحيح ولو مجازاً يكون لغوا فيهمل لأنه تقدم أنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز محافظة على اعمال الكلام فلما تعذر المجاز أيضاً فبالضرورة يكون الكلام مهملاً لأن الكلام لا يخلو عن أحدهما.

ولإهمال الكلام وإلغائه أسباب، منها تعذر إرادة كل من المعنيين الحقيقي والمجازي، كما في قوله لزوجته الأكبر منه سنا المعروفة النسب من غيره: هذه بنتي، أما تعذر الحقيقة فلأن كبر السن وثبوت النسب من الغير يمنعان ثبوت النسب منه، وأما تعذر كونه مجازاً عن الطلاق فلأن الحرمة بالطلاق=

يعني إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل.

٦٢-المادة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله.[١]

=يقتضي ثبوت النكاح قبله وبين ثبوت النكاح وبين الحرمة الثابتة بالبنتية منافاة فلا يجوز استعارة "هذه بنتي" للطلاق. (شرح المجلة للأتاسي)

ومنها أن يكون اللفظ مشتركا بين معنيين ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، كما لو أوصى لمواليه، وله معتِق بالكسر ومعتَق بالفتح، فعند الحنفية بطلت الوصية، لصحة إطلاق هذا اللفظ عليهما مع اختلاف المعاني والمقاصد لأن الوصية للأعلىٰ مكافاة على إحسانه بالعتق، وللأسفل زيادة في الانعام.

ومنها تعذر صحة الكلام شرعا، كما لو قال لإحدى زوجتيه، أنت طالق أربعا فقالت: الثلاث تكفيني. فقال: أوقعت الزيادة على فلانة زوجته الأخرى، لا يقع على الأخرى شيء، لأنها لما لم تصح الرابعة على الأولى أصبحت لغوا فلم تقع على الأخرى؛ لأن الشرع لم يوقع الطلاق بأكثر من الثلاث.

ومنها ما يكذبه الظاهر، كمن ادعى على إنسان أنه قطع يده فإذا هي غير مقطوعة، أو أنه قتل شخصا فإذا هو حي.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وفِي قواعد الخادمي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها.

وشرحها أن ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشيوع كنصفه مثلا، كذكر كله، لأنا إذا لم نقل بذلك والموضوع أن المحدث عنه لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرة، والحال أن إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله كما تقدم.

فذكر بعض الطلاق والقصاص والنسب كذكر الكل فإذا وجد بعض منها أو نفي يأخذ حكم الكل فكأن الكل وجد أو نفي.=

٦٣-المادة: **المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة.** (١)

=وأما ما يتجزأ فلا يكون ذكر جزئه كذكر كله، فَلَو كفل بجزء من الدين نصفه أو ثلثه لم يكن كفيلا بالكل بل يقتصر الكفالة على ذلك الجزء، وكذا لو أبرأ الدائن مديونه عن جزء الدين فقط برئ من ذلك الجزء لا من الكل.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها أن المطلق "وهو ما دل على شائع" في جنسه يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا " أي لفظا، وذلك بأن يكون مقرونا بنحو صفة، أو حال، أو إضافة، أو مفعول، أو نهي، أو شرط، أو استثناء.

فالأول: كثوب هروي، وفرس عربي، ونحو ذلك.

والثاني: كإن دخلت راكبا مثلا.

والثالث: كاشتر لي فرس زيد مثلا.

والرابع: كبعه من فلان.

والخامس: كلا تبعه في سوق كذا.

والسادس: كالطلاق المعلق والنذر المعلق.

والسابع: كالاستثناء الواقع في الأقارير والعقود والتعاليق، كقوله: لك علي مائة إلا عشرة، وقوله: كفلت لك بمائة إلا خمسة مثلا، وقوله: إن خرجت إلا بإذني فأنت كذا. فكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله.

أو دلالة كقول المكاري لآخر: اشتر لي بغلا أو بغلة، فاشترى له بغلة من مراكيب الأمراء بخمسين دينارا مثلا ، وكقول من قدم بلدة لغيره: استأجر لي دارا، فاستأجرها له بعد سنة مثلا، فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الأمر في المحلين، لأنه في الأول يتقيد دلالة بدابة يحمل عليها الأثقال، وفي الثاني بدار يسد بها حاجته القائمة في الحال.=

٦٤-المادة: الوصف في الحاضر لغو وفِي الغائب معتبر.[١]

مثلاً لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر وقال في إيجابه بعتُ هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل المشتري صح ولغا وصف الأدهم، وأما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع.

٦٥-المادة: السؤال معاد في الجواب.[٢]

=(تنبيه) اعلم أن القيد الذي يخرج المطلق عن الشيوع هو القيد الذي يكون مفيداً وإلا فيلغو ويلحق بالعدم، في البدائع من كتاب الوديعة: والأصل المحفوظ في هذا الباب أن كل شرط يمكن مراعاته، ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته، ولا يفيد فهو هدر، آه.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو، أي ساقط الاعتبار، لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية، والوصف يقلله. فإذا وجدت الاشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه.

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف، كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس، وقال في إيجابه: بعتك هذا الفرس الأدهم، وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم، وأما إذا كان من غير جنسه فلا عبرة للإشارة، بل للتسمية والوصف. فلو باع فصا حاضرا وأشار إليه على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، لا ينعقد البيع (المادة / ٢٠٨ / من المجلة) وأما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ، كما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم، لا ينعقد البيع لازما بل موقوفا على رضا المشتري بالبيع.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.=

يعني ما قيل في السؤال المصدق كان المجيب المصدق أقر به.

٦٦-المادة: لا ينسب إلى الساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان. [(١)]

=وشرحها إذا ورد جواب بالكلام المتعين لأن يكون جوابا لما قبله لعدم استقلاله بنفسه أو لقرينة تصرفه إلى الجواب بعد سؤال مفصل، يعتبر الجواب مشتملا على مضمون السؤال، ويكون المجيب مصدقاً بجميع ما تضمنه السؤال.

ومثالها لو أدعى زيد في أمام القاضي بأن لي على عمرو هذا ألف درهم ثمن مبيع فأطلبها فقال القاضي لعمرو هل لهذا عليك ما يدعيه فقال نعم، يكون الجواب بنعم تصديقاً لما أدعاه، فكأنه قال نعم له عليّ ألف درهم ثمن مبيع.

وإذا لم يكن جواباً واعتبر مستقلاً بنفسه فلا يكون الكلام السابق معاداً فيه مثاله على قول الأمام الأعظم: لو قالت طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق ثلاثاً، وقع الثلاث مجاناً بغير شيء لأن الثلاث لا تصلح جواباً للواحدة فإذا قال ثلاثاً فقد عدل عما سئلته فصار مبتدأ بالطلاق فتقع الثلاث بغير شيء، والصاحبان اعتبرا هذا جواباً وزيادة لأن في الثلاث ما يصلح جواباً للواحدة لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد آتى بما سألته وزيادة فيلزمها الألف كأنه قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة. (شرح المجلة للآتاسي)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وذكر في قواعد الخادمي، وترتيب اللالي في سلك الأمالي الفقرة الثانية فقط.

وشرحها أنها مشتملة على فقرتين، الأولى لا ينسب إلى الساكت قول، والثانية السكوت في معرض الحاجة بيان، وهي كالاستثناء من الأولى وهي عند الأصوليين نوع من أنواع البيان ويسمونه بيان الضرورة مثال الفقرة الأولى: لو باع أجنبي مال أحد فضولياً وسلمه للمشتري وصاحب المال ساكت يشاهد البيع والتسليم وهو ساكت أو بلغه ذلك فسكت، لا يعد سكوته توكيلاً بالبيع وإجازة كما في المادة–١٦٥٩/ من المجلة.=

يعني أنه لا يقال لساكت انه قال لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

٦٧-المادة: دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه. [١]

يعني يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته.

=ومثال الفقرة الثانية: سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج. وكذا سكوتها إذا بلغها النكاح بعدما زوجها، فهذا السكوت في حكم النطق بأنها راضية بذلك العقد.

والمراد من السكوت سكوت القادر على التكلم وهو يعد كلاما بشرط أن يكون دلالة عرفية من حال المتكلم أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر، يعنى ان السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

ولما كان الفقرة الأولى هي الأصل لأن المعاملات مربوطة بالعقود والألفاظ الصريحة جعلها أصل القاعدة والثانية ذيلها.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب اللالي في سلك الأمالي، وغيرها.

وشرحها أن دليل الشيء في الأمور الباطنة أي فيما يتعسر الاطلاع عليه يقوم مقام وجود الشيء فيحال الحكم عليه، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته.

ويتفرع عليها فروع، منها أن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع، فداواه أو عرضه للبيع مثلا كان ذلك رضا منه بالعيب، ومنها إذا أوجب أحد المتعاقدين فتشاغل الآخر بما يدل على الإعراض من قول أو عمل بطل الإيجاب، ومنها أن الملتقط إذا أشهد حين الأخذ وعرفها كانت أمانة عنده لا تضمن، وإلا فهي غصب، لأن القصد لا يوقف عليه، ومنها أن من رأى شيئا في يد آخر يتصرف فيه تصرف الملاك بلا معارض ولا منازع، وكان ممن يملك أمثاله مثله، جاز له أن يشهد له بأنه ملكه، لأن الملك من الأمور الخفية غير المشاهدة، وإنما تشاهد دلائله من وضع اليد والتصرف، ومنها: عدم سماع الدعوى فيما إذا تركها المدعي مدة مرور الزمن المقدرة عند الفقهاء.

٦٨-المادة: الكتاب كالخطاب.[١]

٦٩-المادة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.[٢]

---

[١] ذكر هذة القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وترتيب اللالي في سلك الأمالي، وشرح القواعد الفقهية وغيرها.

وشرحها أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفاهية فما يترتب على الخطاب الشفاهي يترتب على العبارة الكتابية، فالقلم أحد اللسانين.

وأصلها خطوط رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رؤساء الكفار مع أنه صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة فَلَو لم يكن الكتاب كالخطاب لما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤدياً للرسالة.

والمراد من الكتاب الكتاب المستبين المرسوم، والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين، كالكتابة على الماء أو الهواء فإنها لا تعتبر، والتقييد بالمرسوم، وهو ما كان فيه الخط والمخطوط عليه على الوجه المعتاد، ليخرج غيره، أما الخط فبأن يكون معنونا بقوله: " من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان ". والظاهر أنه في زماننا يكفي أن يكون مذيلا بإمضائه أو ختمه (كما تفيده المادة / ١٦٠٩) وأن ذلك يغني عن تصديره بقوله: من فلان.

وأما المخطوط عليه فبأن يكون كاغذا، فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر أو على الكاغذ ولكن لا على وجه الرسم فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه. (شرح المجلة للأتاسي)

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

وشرحها أن الإشارة المعهودة أي المعلومة المعتادة للأخرس بعضو من أعضائه كيده أو رأسه معتبرة كالبيان باللسان وقائمة مقامه في كل شيء غير الحدود والشهادة، وذلك كالنكاح والطلاق والعتاق=

٧٠-المادة: يقبل قول المترجم مطلقاً. [١]

٧١-المادة: لا عبرة بالظن البين خطاؤه. [٢]

=والبيع والإجارة والهبة والرهن والإبراء والإقرار والإنكار والحلف والنكول، قال في فتح القدير: وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر ذلك منه أدى إلى موته جوعاً وعطشاً وعرياً، آه.

والمراد بالمعهودة المعلومة المعتادة كتحريك الرأس عرضاً عند الإنكار، وطولاً عند الإقرار، فَلَو لم تكن إشارته المعتادة معلومة عند القاضي يلزم استفساره ممن يعرفها من اصحابه وجيرانه وأقربائه، ويلزم أن يكون المترجم عدلاً لأن الفاسق لا يقبل قوله. (شرح المجلة للآتاسي)

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وأصلها ما روي عن خارجة يعني ابن زيد بن ثابت، قال: قال زيد بن ثابت: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فتعلمت له كتاب يهود، وقال: »إني والله ما آمن يهود على كتابي« فتعلمته، فلم يمر بي إلا نصف شهر حتى حذقته، فكنت أكتب له إذا كتب وأقرأ له، إذا كتب إليه" رواه أبوداود وغيره.

وشرحها يقبل قول المترجم الواحد في الدعاوى والبينات وما يتعلق بها مطلقا أي في أي نوع كان منها، ولو في الحدود والقود.

وفي شرح المجلة للأتاسي: وهل يكفي أن يكون واحداً بعد أن يكون عدلاً أم لابد من نصاب الشهادة اثنين، الأول قول الإمام الأعظم وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، والثاني قول الإمام محمد رحمه الله تعالى، قال العلائي: والاثنان أحوط، آه.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وغيرها

وشرحها أنه لا عبرة أي لا مبالاة بالظن البين خطؤه بل يلغى ويجعل كأن لم يكن، سواء أكان الخطأ ظاهرا ومبينا للحال، أو كان خفيا ثم ظهر بعد، لأن الظن يزال باليقين.=

٧٢-المادة: لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل.[(١)]

=وهذه القاعدة لها فروع مختلفة الأنواع، تشمل الاجتهادات وأحكام القضاة والعبادات والمعاملات الجارية بين الناس من عقود واقرار وإبراء وغيرها فالعبرة في جميع ذلك لما في نفس الأمر لا لخطأ الظن فكل ما كان مبنياً على خطأ الظن لا يعتبر.

فالمجتهد إذا اجتهد في المسائل الاجتهادية ثم ظهر له استنباط أو دليل آخر أقوى فيجب عليه أن يرجع عن قوله الأول إلى ذلك القول، كما ترى أن المجتهدين كثيرا ما رجعوا من قول إلى آخر.

وكذا القاضي إذا حكم على ظن أن حكمه موافق للشرع ثم تبين له أن ظنه كان خاطئاً فحكمه الأول باطل يجب عليه الرجوع إلى حكم موافق للشرع، غير أن في زماننا لما جعلت المحاكم طبقات بعضها أعلى من بعض فبعد تسجيل حكمه ينقض من محكمة أعلى.

وكذا لو ظن المتوضئ أن الماء نجس فتوضأ به ثم تبين أنه طاهر جاز وضوءه إذا لم يصل به وأما إذا صلى به فيعيد الصلاة.

وخرجت عن هذه القاعدة مسائل:

الأولى: لو ظنه مصرفا للزكاة فدفع له ثم تبين أنه غني أو ابنه أجزأه عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله، ولو تبين أنه عبده أو مكاتبه أو حربي لم يجزه اتفاقا.

الثانية: لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس فظهر أنه طاهر أعاد.

الثالثة: لو صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه متوضئ.

الرابعة: صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لم يجزه فيهما، وهي في فتح القدير من الصلاة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.=

مثلاً لو أقر لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة، وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند إلى دليل كونه في المرض، وأما إذا كان الإقرار في حال الصحة جاز واحتمال حرمان سائر الورثة ههنا غير ناش عن الدليل فلا يمنع حجية الإقرار.

٧٣-المادة: لا عبرة للتوهم. [1]

=وشرحها أنه لا حجة أي لا برهان مقبول ولا احتجاج مسموع مع قيام الاحتمال الناشئ عن الدليل، ولذا قالوا إذا وجد الاحتمال بطل الاستدلال، وأما إذا لم يكن ناشئاً عن دليل بل مجرد توهم فلا يقاوم الحجة لأنه توهم ولا عبرة بالتوهم كما يأتي في القاعدة اللاحقة.

وتوضيح المثال المذكور أنه لو أقر الرجل بدين لأحد ورثته، فإقراره هذا يحتمل الصدق، ويحتمل أن يكون قصده تخصيص أحد الورثة بشيء من ماله وحرمان غيره فإن كان في حال الصحة صح إقراره لأن احتمال هذا القصد توهم عار عن الدليل ولا عبرة للتوهم فيكون إقراره حجة يعمل به، وإن كان في حال المرض لا، إلا أن يصدقه باقي الورثة، راجع المادة– ١٥٩٨– من المجلة، لأن هذا الاحتمال مؤيد بدليل عقلي، وهو المرض، فلا يكون إقراره حجة لترجيح أحد الاحتمالين على الآخر بالدليل، بخلاف إقراره للأجنبي فإنه يصح بمنزلة إقراره في الصحة لأن هذا من حوائجه فإنه يحتاج إلى إظهار ما عليه ليفك رقبته، وحاجته مقدمة على حق الورثة.

ومن تطبيقاته أنه لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض لإحتمال الميل الناشئ عن القرابة.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية.

وشرحها أنه لا عبرة للتوهم أي لا يبنى عليه حكم شرعي، بل يعمل بالثابت قطعا أو ظاهرا دونه، التوهم: هو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه، والمراد منه الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول. =

٧٤-المادة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان. [١]

٧٥-المادة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر. [٢]

=فلو أثبت الورثة إرثهم بشهود قالوا: لا نعلم له وارثا غيرهم يقضى لهم، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم، لأنه موهوم.

وكذلك لو أثبت الغرماء ديونهم بشهود قالوا: لا نعلم له غريما غيرهم فإنه يقضى لهم في الحال، ولا عبرة لما عساه يظهر من الديون، لأنه وهم مجرد.

وكذلك لو كان للدار المبيعة شفيعان، غائب وحاضر، وطلب الحاضر الشفعة، فإنه يقضى له بها عند تحقيقها، ولا يتأخر حقه لما عساه يحدث من طلب الشفيع الآخر عند حضوره، لأنه موهوم.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها أن الثابت بالبرهان" المراد به ما عليه اصطلاح الفقهاء، وهو البينة الشخصية العادلة لدي القاضي" كالثابت بالعيان " وهو المشاهدة. فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته، لأن البينة كاسمها مبينة، فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلا يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة، وأما احتمال خلافه بسبب من الأسباب ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاح أو نحو ذلك من الاحتمالات هو في حيز المتوهَّم بالنسبة للبينة الظاهرة لأن الشرع أوجب قبول الشهادة إذا استوفت شروطها وأوجب إثبات الاحكام بها إذا لم يكن ثمَّ إقرار من المدعي عليه، بل البينة أقوى في ثبوت الحكم من الإقرار لأن الثابت بالإقرار لا يتعدى إلى غير المقر، والثابت بالبينة يتعدى إلى كل من له علاقة بالدعوى إذا اتحد السبب.

ومثالها إذا ثبت الدين أو البيع أو الكفالة أو الغصب مثلا بالبينة فإن القاضي يحكم به بمنزلة ما إذا شوهد بحس البصر.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وشرح القواعد السعدية.=

٧٦-المادة: البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل.[1]

=وشرحها أن المدعي إذا أدعى حقاً على آخر فعليه البينة لإثبات حقه وإن لم يكن له بينة فعلى المدعي عليه المنكر اليمين عند طلب المدعي " هذه القاعدة لفظ حديث نبوي شريف، رواه الترمذي والبيهقي، قال النووي: هذا الحديث قاعدة شريفة كلية من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة، أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك، آهـ.

والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف، لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف، والحجة القوية هي البينة. وجانب المدعى عليه قوي، لأن الأصل عدم المدعى به للقاعدة الأصل براءة الذمة، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين، وإنما كان البينة حجة قوية واليمين حجة ضعيفة لأن البينة لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا فيقوي جانب صدقها بخلاف الحالف لأنه يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر فيحتمل الكذب، كذا في فتح الباري للحافظ ابن حجر، لكن تصلح حجة للمدعي عليه لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد يكفي له حجة ضعيفة.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها أن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر أي خلاف الأصل، كإضافة الحادث إلى أبعد أوقاته، وكعدم بقاء ما كان، وكوجود الصفات العارضة، وكشغل الذمة. فإن كل ذلك خلاف الأصل، فإن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وبقاء ما كان على ما كان عليه، وعدم وجود الصفات العارضة، وبراءة الذمة. فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة.

واليمين شرعت لإبقاء الأصل على ما كان عليه من عدم إن كان الأصل عدم المتنازع فيه، كالصفات العارضة، أو وجود إن كان الأصل وجود المتنازع فيه، كالصفات الأصلية.

مثالها أنه لو أدعى أحد العاقدين الاختيار في العقد والآخر الإكراه فالبينة على مدعي الإكراه لأن الأصل الاختيار وإدعاء الإكراه إدعاء بما يخالف الظاهر.

٧٧-المادة:البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة.[١]

٧٨-المادة:المرء مؤاخذ بإقراره.[٢]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في شرح مجلة الاحكام، وشرح القواعد الفقهية.
وشرحها أن البينة حجة متعدية أي متجاوزة إلى غير من قامت عليه، وملزمة عليه، لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي وولاية القاضي عامة فينفذ قضاؤه في حق الغير أيضا، والإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا تتجاوزه إلى غيره، لأن كونه حجة يبتنى على زعمه، وزعمه ليس بحجة على غيره، ولأن الإقرار حجة بدون القضاء ولا ولاية للمقر إلا على نفسه فيقتصر إقراره عليه فلذا إذا ثبت الدين على التركة بالبينة يثبت في حق جميع الورثة، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي أو بمواجهة أحد الورثة، وإذا ثبت باقرار أحد الورثة يقتصر على حصته ولا يتعدى إلى حصص باقي الورثة.
[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.
وشرحها: أن المرء مؤاخذ بإقراره إذا كان بالغا عاقلا طائعا فيه، ولم يصر مكذبا فيه بحكم الحاكم، ولم يكن محالا من كل وجه عقلا أو شرعا، ولم يكن محجورا عليه، وأن لا يكون مما يكذبه ظاهر الحال، وأن لا يكون المقر له مجهولا جهالة فاحشة (أنظر المادة / ١٥٧٣ و ١٥٧٥ و ١٥٧٧ و ١٥٧٨ من المجلة) فلو اقر صغيرا أو معتوها أو مكرها لا يعتبر إقراره إلا في السارق إذا أقر مكرها، فأفتى بعضهم بصحته ورجحه في البزازية وغيرها، كما في التكملة.
وكذا إذا صار مكذبا بحكم الحاكم بطل إقراره (المادة / ١٥٨٧ و ١٦٥٤) كما إذا ادعى مشتري العقار أنه اشتراه بألف مثلا، وأثبت البائع أن الشراء كان بألفين وقضى له، فإن الشفيع يأخذه بألفين وإن كان المشتري أقر بالشراء بألف، لأنه لما قضى عليه بالبينة صار مكذبا بحكم الحاكم وبطل إقراره.=

٧٩-المادة: لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم. [1]

=وكذا إذا كان المقر به محالا من كل وجه، عقلا، أو شرعا: فالأول: كما إذا أقر له بأرش يده التي قطعها وهي قائمة، والثاني: كما إذا أقر لوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية كان باطلا.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام الشرعية، وشرح القواعد الفقهية.

وشرحها أنه لا حجة مع التناقض أي لا تعتبر الحجة ولا يعمل بها مع قيام التناقض، ولكن إذا وقع التناقض في الحجة، أي الشهادة، بعدما حكم بها لا يختل معه حكم الحاكم.

اعلم إن التناقض إما أن يكون في الدعوى فقط، أو في الشهادة فقط، أو بين الدعوى والشهادة، فإن كان في الدعوى ترد ابتداء، فلا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها إلا إذا ظهرت معذرة المدعي كما في المادة– ١٦٥٥– من المجلة، وما إذا وفق المدعي بين تناقضه. كما لو أقر أحد بأنه استأجر دارا ثم ادعى أنها ملكه، فإن دعواه لا تسمع، ولكن إذا وفق كأن قال: كنت مستأجرا ثم اشتريتها تسمع دعواه كما في المادة–١٦٥٧–من المجلة، وإن كان التناقض في الشهادة، بأن رجع الشهود، فإنه يشترط أولا أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم، أي حاكم كان، فلو رجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت إلى رجوعهم مطلقا، سواء كان قبل الحكم أو بعده كما في المادة –١٧٣١ – من المجلة، وأما لو رجعوا في حضوره، فإن كان قبل الحكم بشهادتهم ترد لأنه لا يقضى بكلام متناقض ويعزرون، ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئا. وإن كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع، لأن كلامهم الثاني مثل الأول في احتمال الصدق، فينظر حينئذ فيما يرجح أحد الكلامين على الآخر، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن، فلا ينقض برجوعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف، والإتلاف سبب للضمان. وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، كما في الهداية من كتاب الرجوع عن الشهادة.

مثلاً لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقي شهادتهما حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به لا ينقض بل عليهما ضمان.

٨٠-المادة: قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل. [١]

مثلاً لو قال رجل لرجل إن لك على فلان كذا ديناراً وأنا كفيل به فأنكر الأصيل الدين لزم على الكفيل أداؤه.

٨١-المادة: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط. [٢]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها، وهي تتمة لقاعدة "إذا سقط الأصل سقط الفرع".

وشرحها أنه قد يثبت أي قد يوجد ويبقى الفرع مع عدم ثبوت الأصل أي وجوده.

أفادت هذه القاعدة أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود: أما وجود الأصل بدون وجود الفرع، كالمديون إذا لم يكن له كفيل، فهو ظاهر، إذ ليس كل أصل له فرع.

وأما وجود الفرع بدون وجود الأصل فأمثلته كثيرة: منها: ما في القاعدة " مثلا: لو قال رجل: إن لفلان على فلان دينا، وأنا كفيل به، وبناء على إنكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيل أداؤه.

وكذا لو ادعى الزوج بدل الخلع على المرأة فأنكرت، بانت، والبينونة هي فرع للمال في الخُلْعِ، ولا يلزمها المال الذي هو الأصل في الخُلْعِ. (الدر المختار، من الخلع)

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن المعلق بالشرط من الأمور التي يصح تعليقها بالشرط يجب ثبوته أي وجود المعلق عند ثبوت الشرط أي وجوده، التعليق: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط نحو: إن، وإذا، وإذا ما، وكل، ومتى، وكلما، ومتى ما، ولو او بما=

٨٢-المادة: يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.[(١)]

=يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرف أو حرف جر غير لام التعليل أو استثناء " بإلا أن " إذا تقدمه ما لا يحتمل التأقيت، كالطلاق.

كما لو قال: امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلا فإنه يحمل على الشرط، فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد فامرأته طالق (الدر وحاشيته، من باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام) أما ما يحتمل التأقيت، كالأمر باليد فإنه يكون للغاية لا للشرط.

ويشترط لصحة التعليق: كون الشرط المعلق عليه معدوما في الحال ممكن الوجود عادة في المستقبل، فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال كإن كانت السماء فوقنا: تنجيز.

وكذا التعليق بالممكن عقلا لا عادة، كإن لم أصعد السماء، وإن لم أقلب هذا الحجر ذهبا، فإنه تنجيز يحنث به للحال.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أنه يلزم مراعاة الشرط الجائز بقدر يمكن مراعاته، يعنى أن الشخص إذا اشترط شرطاً في عقد أو تصرف وكان الشرط جائزاً شرعاً يلزم المحافظة على هذا الشرط بقدر الاستطاعة الممكنة، فما زاد عن الطاقة فلا يلزم مراعاته، وكذا إذا كان لعبادة شروط لصحتها وجوازها فإنما يجب مراعتها بالقدر الممكن فما زاد عن الطاقة فلا.

والمراد بمراعاة الشرط الوفاء به، فإنه ورد في الحديث عن أنس وعائشة رضي الله تعالى عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك ".

والمراد بالشرط هنا المقيد به، لا المعلق عليه المذكور في القاعدة السابقة، والفرق بين المعلق بالشرط والمقيد بالشرط أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه. بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود عن القيد، بل سبقه عليه كما هو ظاهر.=

٨٣-المادة: المواعيد بصورة التعاليق لازمة.[1]

مثلاً لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعط المشتري لزم عليه أداء الثمن بناء على الوعد المعلق.

=ثم تقييد الشرط بالجائز لإخراج الفاسد فإن الشرط الفاسد. وهو: ما كان فيه نفع لأحد العاقدين مشروط في صلب العقد، كشراء ثوب على أن يصبغه له البائع، أو فيه نفع لمبيع وهو من أهل الاستحقاق، كشراء العبد على أن يعتقه المشتري، فإن كل ذلك مفسد للعقد.

مثالها إذا قال المودِع للمودَع أمسك الوديعة بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً، فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها لأن ما شرط عليه ليس في وسعه عادة، ولكن لو اشترط عليه أن لا يسافر بها فسافر بها فهلكت فهو ضامن لمخالفة الشرط.

(1) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم.

وشرحها أن الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء، وإنما كان الوفاء به مطلوبا ديانة، فلو وعد شخص آخر بقرض أو ببيع أو بهبة. . إلخ، فليس للموعود أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده بقوة القضاء، غير أن الفقهاء لاحظوا أن الوعد إذا صدر معلقا على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزما لصاحبه، وذلك فيما يظهر اجتنابا لتغرير الموعود بعدما خرج الوعد مخرج التعهد، ولذلك قال ابن نجيم":لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقا"، فالمواعيد تصدر من الإنسان فيما يمكن ويصح الالتزام له شرعا، فإذا صدرت منه بصورة التعليق أي بأن كانت مصحوبة بادوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع، تكون لازمة، لحاجة الناس إليها.

وهذه القاعدة فرع عن قاعدة "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط".

٨۴-المادة: الخراج بالضمان. [١]

يعني أن من يضمن شيئًا لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان، مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزم أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله.

٨۵-المادة: الأجر والضمان لا يجتمعان. [٢]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وفي الأشباه: هو حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة رضي الله عنها، وفي بعض طرقه ذكر السبب؛ وهو {أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال: الخراج بالضمان}.

قال أبو عبيد: الخراج في هذا الحديث غلة العبد؛ يشتريه الرجل فيستعمله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله (انتهى) وفي الفائق: كل ما خرج من شيء فهو خراجه؛ فخراج الشجرة ثمره، وخراج الحيوان دره ونسله (انتهى) وذكر فخر الإسلام في أصوله أن هذا الحديث من جوامع الكلم، لا يجوز نقله بالمعنى.

وقال أصحابنا رحمهم الله في باب خيار العيب: إن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب، كالكسب والغلة، وتسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجانا؛ لأنها لم تكن جزءا من المبيع فلم يملكها بالثمن، وإنما ملكها بالضمان وبمثله يطيب الربح للحديث، انتهى كلام الأشباه.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية، وترتيب اللآلي في سلك الأمالي،" و قواعد الخادمي، وغيرها.=

٨٦-المادة: الغرم بالغنم. [١]

=وشرحها أن الأجر وهو بدل المنفعة عن مدة ما، والضمان وهو الغرامة لقيمة العين المنتفع بها أو نقصانها، لا يجتمعان إذا اتحدت جهتهما، لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدم التملك، وبينهما منافاة، وإنما قيدنا بقولنا" إذا اتّحدت جهتهما "ليخرج مَا إذا اخْتلفت جهتهما، لأنه يجوز اجتماعهما عند اختلاف الجهة كالدابة إذا استأجرها ليركب وحده فأردف من يستمسك بنفسه، وكانت تطيق حمل الاثنين، فعطبت بعد بلوغ المقصد، فعليه كل الأجر لاستيفاء المنفعة المرادة، ويضمن نصف قيمتها للتعدية بالارداف، وإنما ضمن النصف لأن ركوبه مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فكان غاصباً في النصف، وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان، وللتفصيل فليراجع إلى ردالمحتار من الإجارة، وشرح المجلة للأتاسي، ودرر الحكام لعلي حيدر.
ويتفرع على هذه القاعدة فروع: منها انه من استأجر دابة وتعدى إلى مكان آخر ولَم ينتفع بها مطلقا، وسلمها فلا أجر له لأنه في معرض الضمان كالغاصب.
ومنها أنه استأجر دابة وتعدى ثم انتفع بها وسلمها فهو في معرض الضمان ولا أجر عليه.
ومنها انه لو غصب رجل بعير آخر واستعمله حتى هلك أو هزل وطرأ على قيمته نقصان فضمن لصاحبه قيمته أو نقصان قيمته فلا أجر عليه.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
هذه عكس القاعدة "الخراج بالضمان" يعني إذا كان النفع بمقابلة الضرر فالضرر يتحمل بمقابلة النفع.
ثم لا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعا كمؤونة تعمير الملك المشترك فإنها عليهم بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك، وكمؤونة كري النهر المشترك وتعمير حافاته وتطهير مائه، فإنها على الشركاء فيه بمقابلة انتفاعهم بحق الشرب.
أو يكون غير مشروع، كالتكاليف الأميرية التي تطرح على الأملاك، فإنها على أربابها بمقابلة سلامة أملاكهم.

يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

٨٧-المادة: النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة. (١)

٨٨-المادة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً. (٢)

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه، وغيرها.

واحتوت هذه القاعدة على جملتين: الأولى منهما متحدة المآل لقاعدة الخراج بالضمان، والثانية منهما متحدة المآل لقاعدة الغرم بالغنم فما يتفرع على كل من القاعدتين المذكورتين يتفرع على متحدتها من جملتي هذه القاعدة، ولكن هذه القاعدة مشتملة على زيادة وهي أن النعمة والنقمة كل واحد بقدر مقابله فيما يمكن فيه محافظة التقدير.

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه.

وشرحها أنه يضاف الفعل أي ينسب حكمه، لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها إلى الفاعل ويقتصر عليه إذا كان عاقلا بالغا، ولم يصح أمر الآمر في زعم المأمور، لأنه الفاعل هو العلة للفعل، ولا ينسب الفعل إلى الآمر به، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل كما في المادة ٩٥ من المجلة، ومتى بطل الأمر لم يضمن الآمر، ولأن الآمر قد يكون سببا والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها، لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها، لأنها موصلة إليها في الجملة، والموصل دون المؤثر.

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الآمر ما لم يكن الآمر مجبرا أي مكرها للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرها له عليه فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه، لا إلى الفاعل، لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره.=

٨٩-المادة: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر. (١)

=مثالها لو قال إنسان لآخر: أتلف مال فلان ففعل كان الضمان على المأمور إذا فعل حيث لا يعد الآمر مجبرا شرعا كما يعلم من باب الإكراه ولأن الآمر إذا لم يكن مالكا فأمره بالتصرف في ملك الغير باطل.

ثم إنما قيدنا اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا: " إذا كان عاقلا بالغا لأنه إذا لم يكن كذلك، بأن كان غير عاقل، أو كان صبيا فإن الفعل يضاف إليه ويضمن ثم يرجع وليه على الآمر مثال ذلك لو أمر رجل بالغ عاقل صبيا أو مجنوناً بإتلاف مال فأتلفه الصبي أو المجنون فالضمان في مال الصبي أو المجنون حسب المادة (٩٦٠) إلا أن لوليه الرجوع على الآمر بما دفعه من مال الصبي بخلاف ما لو كان الآمر صبيا فليس للولي حق الرجوع عليه وقيدنا أيضا اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا: " ولم يصح أمر الآمر في زعم المأمور، لأنه لو صح في زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمن وإن كان الأمر غير صحيح في الواقع، وفي الدر المختار وحاشيته من آخر الغصب : وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر (أشباه) وهذا فيما إذا قال: احفر لي، أو قال احفر في حائطي، أو كان ساكنا في تلك الدار، أو استأجره على ذلك، لأن ذلك كله من علامات الملك، وإلا فلا يرجع، لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور. انتهى.

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.

وشرحها أنه إذا اجتمع المباشر للفعل، أي الفاعل له بالذات والمتسبب له، أي المفضي والموصل إلى وقوعه يضاف الحكم إلى المباشر لما تقدم من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة، لأن تلك أقوى وأقرب، إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه، من تلف أو غيره، فعل فاعل مختار، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب.=

مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر.

٩٠-المادة: الجواز الشرعي ينافي الضمان.[1]

لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئًا.

=مثالها أنه لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان، لأنه العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، دون حافر البئر، لأنه وإن كان فعله مفضيا وموصلا إلى التلف، إلا أن التلف لم يحصل بفعله، بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو مباشر الإلقاء بلا واسطة، فكان الضمان عليه. حتى لو لم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار بأن ألقيَ فيه حيوان بلا صنع أحد ضمن الحافر إذا كان متعديا بأن كان حفره بغير إذن ولي الأمر.

واستثني منها ما لو دل المودع السارق على الوديعة فإنه يضمن لترك الحفظ، وكذا الإفتاء بتضمين الساعي، وهو قول المتأخرين لغلبة السعاية، كما في الأشباه لابن نجيم.

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.

وشرحها أن الجواز الشرعي وهو كون الأمر مباحا، فعلا كان أو تركا ينافي الضمان لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف، ولكن بشرط أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيدا بشرط السلامة، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافيا.

ثم إنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيدا بشرط السلامة، ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء، فيضمن. لأن مروره ذلك وإن كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة.

٩١-المادة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد. (١)

٩٢-المادة: المتسبب لا يضمن إلاّ بالتعمد. (٢)

---

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.
وشرحها أن المباشر للفعل ضامن لما تلف بفعله إذا كان متعديا فيه، ويكفي لكونه متعديا أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه سواء كان نفس الفعل سائغا، أو غير سائغ وإن لم يتعمد الإتلاف، لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإتلاف ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعديا، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذرا مسقطا للحكم، وهو الضمان.
مثال ما يكون نفس فعله سائغاً ما لو أراد رمي الصيد أو الكافر فأصاب رميه مسلماً فهو يضمن في الصورتين.
ومثال ما لم يكن نفس فعله سائغاً ما لو أراد ضرب معصوم أو رميه فأصاب آخر.
وإنما قيدنا ضمان المباشر بما إذا كان متعديا ليخرج ما لو قتل الإنسان مَن جاء ليقتله أو ليأخذ ماله، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل، فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل، وذلك لكونه غير متعد وله فيه مسوغ.
(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أن المتسبب للضرر، وهو فاعل ما يفضي ويوصل إليه لا يضمن ما أفضى إليه عمله من الضرر، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعديا كما في المادة – ٩٢٤– من المجلة، ويكفي في كونه متعديا أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له، كما تقدم في القاعدة السابقة.
يعني بالتعمد: أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه. ولا يشترط أن يقصد أيضا ما يترتب على ذلك الأثر. مثلا: لو رمى بالبندقية فخافت الدابة فندت وأتلفت شيئا فإنه يشترط لصيرورته ضامنا أن يكون قصد الإخافة فقط كما في المادة – ٩٢٣– من المجلة، ولا يشترط لصيرورته ضامنا أكثر من ذلك=

٩٣-المادة: جناية العجماء جبار. [١]

٩٤-المادة: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. [٢]

=بأن يكون قصد الإخافة لأجل الإتلاف، كما أنه يكفي لتضمينه بسوقها أن يكون قصد بالسوق أثره المترتب عليه وهو سيرها، ولا يشترط أن يكون قصد سيرها لتتلف.

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وأصلها ما روي عن أبي هريرة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: »العجماء جرحها جبار" رواه البخاري ومسلم، وغيرهما.
وشرحها أن جناية العجماء أي ما تفعله البهيمة من الإضرار بالنفس أو بالمال " جبار " أي هدر وباطل لا حكم له، إذا لم يكن منبعثا عن فعل فاعل مختار، كسائق أو قائد أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة. أما إذا كان منبعثا عن فعل فاعل مختار فقد جاء تفصيل أحكامه في الفصل الرابع من الباب الثاني من كتاب الغصب، من المجلة المادة ٩٢٩ وما بعدها.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أن الأمر بالتصرف في ملك الغير أي غير الآمر باطل أي لا حكم له إذا كان المأمور عاقلا بالغا ولم يكن الآمر مجبرا للمأمور ولم يصح أمر الآمر في زعم المأمور، وتكون العهدة فيه حينئذ على المأمور المتصرف، لأنه العلة المؤثرة والآمر سبب. والأصل الإضافة إلى العلل المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية الموصلة كما تقدم جميعه مبينا في الكلام على القاعدة ٨٨- ،ولأن أمر الآمر إذا كان كذلك لا يجاوز أن يكون مشورة، وهي غير ملزمة للمأمور، ولا تصلح مستندا له لتبرير عمله.
ومثالها ما إذا أودع رجل ماله عند آخر، وقال له إن مت فادفعه إلى فلان وهو غير وارث، فدفعه إليه ضمن للوارث، لأن المودِع أمر بالتصرف بملك غيره وهو الوارث، فإن ملك المودع انتهى بموته، ودخل في ملك الوارث، ولا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائما حين الأمر بل يكفي أن يكون قائما حين التصرف.

٩٥-المادة: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلاّ بإذنه.[١]

٩٦-المادة: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال الغير بلا سبب شرعي.[٢]

---

[١] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أنه إذا تصرف إنسان في ملك الغير باستهلاك الكل أو البعض فهذا الفعل يعتبر تعدياً لأنه تصرف فعلي في ملك الغير بدون إذنه ويكون المتصرف في حكم الغاصب فهو ضامن للضرر.
وإذا تصرف تصرفاً قولياً بطريق التعاقد كبيع أو هبة أو إجارة، فإن أعقبه المتصرف بالتسليم انقلب التصرف فعلياً وحكمه حكمه، وإن لم يعقبه بالتسليم كان فضولياً، وعقد الفضولي يتوقف على إجازة المالك إن أجازه صح وإلا بطل.
ويقوم مقام إذن المالك إذن من له حق الإذن من نائب أو وكيل أو ولي أو وصي أو حاكم.
وإذن المالك أعم من أن يكون قبل التصرف كإذنه للوكيل أو بعد التصرف كإذنه للفضولي.

[٢] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وقواعد الخادمي، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها أنه لا يجوز لأحد أخذ مال الغير والاستيلاء عليه سواء كان الآخذ إماما إو أفرادا سواء كان والد مالك أو ولده أو غيرهما من الأقرباء أو الأجانب بغير سبب شرعي يجيز ذلك ويبيحه، أو إذن صاحبه، وإن أخذه كان الآخذ غاصباً.
آثما وضامناً لما أخذه، لأن حقوق العباد محترمة، وأما إذا كان الآخذ بحق وسبب شرعي فيجوز الأخذ ولو بدون رضا صاحب المال.
ثم إذا كان السبب شرعيا في الظاهر ولكن لم يكن في الواقع ونفس الأمر حقيقيا، كالصلح عن دعوى كاذبة على بدل، فإن بدل ذلك الصلح يقضى له به، ولكن لا يحل له، ويجب عليه ديانة رده إن أخذه وإن كان السبب في الظاهر شرعيا وقضى به القاضي، لأنه رشوة، _ والحالة هذه _ أخذه لقاء كف ظلمه وتعديه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البدل فيما بينه وبين ربه سبحانه. فقد روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك وأحمد في مسنده عن النبي صلى=

٩٧-المادة: تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات. (١)

٩٨-المادة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه. (٢)

=الله عليه وسلم أنه قال: " إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق[أخيه] فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها ".

(١) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وقواعد الخادمي، وغيرها.
وشرحها أن تبدل سبب الملك وعلته قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله.
والأصل في ذلك ما ورد صحيحا في لحم أهدته بريرة للنبي صلى الله عليه وسلم فقيل له: إنه تصدق به عليها، فقال: " هو عليها صدقة ولنا هدية " فأقام صلى الله عليه وسلم تبدل سبب الملك، من التصدق إلى الإهداء، فيما هو محظور عليه، وهو الصدقة، مقام تبدل العين.
ومثالها ما باع عقارا لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقايل البائع مع المشتري البيع، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة، لأنها بيع جديد في حق ثالث، والشفيع هنا ثالثهما. (الدر المختار، من الشفعة من باب ما تثبت هي فيه)

(٢) ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر لابن نجيم، وشرح القواعد الفقهية، وغيرها.
وشرحها من استعجل الشيء " الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه " قبل أوانه " أي قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان " عوقب بحرمانه " لأنه افتأت وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور.=

٩٩- المادة: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. [1] (المجلة الشرعية في الاحكام العدلية)

=ومثالها ما لو طلق امرأته في مرض موته ثم مات وهي في العدة فإنها ترث منه ردا لعمله فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين لا على التعيين من إرثه من الآخر هو تقدم موته، وهذا يحتمل وقوعه عليه أو عليها، فلما أراد الزوج التنصل عن هذا السبب الموضوع بوجه عام والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها وعمل على حصر عدم الإرث في جانبها بهذا السبب الخاص المحظور استعماله لمثل هذا المقصد السيئ عوقب برد عمله هذا عليه وحرمانه ثمرته بتوريثها منه.

(تنبيه) المستعجل على الشيء قبل أوانه إنما يعاقب بحرمانه ورد عمله عليه بقدر الإمكان، فإن أمكن رد كل العمل، كما في المثال المتقدم، فبها وإلا فبقدر ما يمكن ، فلو وقعت الفرقة بين الزوجين من قبل المرأة بحرمة المصاهرة، كإرضاعها ضرتها الصغيرة مثلا، فإنه لا يمكن رد عملها عليها بإرجاعها إلى زوجها والحالة هذه، ولكن ينظر فإن جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر، وإن جاءت بعد الدخول تقرر المهر كله على الزوج، ولكن تسقط نفقة العدة عنه، ولا يمكن رد عملها عليها بأكثر من هذا، لأن سقوط المهر حينئذ يجعل الدخول السابق بلا مهر ولا حد، وهو لا يكون لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة حد أو مهر. (شرح القواعد الفقهية)

[1] ذكر هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، وشرح القواعد الفقهية، وترتيب اللالي في سلك الأمالي، وغيرها.

وشرحها من سعى في نقض ما تم انبرامه من جهته وكان لا يتعلق به حق صغير أو حق وقف فسعيه مردود عليه، لأنه والحالة هذه يكون متناقضا في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه، والدعوى المتناقضة لا تسمع.=

=ومثالها ما إذا أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار فإنه لا يسمع منه ، وكذا إذا ضمن رجل الدرك لمشتري الدار، ثم ادعى شفعة فيها أو ملكا لها، فإنه لا يسمع منه، لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن بلا شك تقرير سلامة المبيع له، ودعواه الشفعة أو الملك فيها تنقضه فلا تسمع.

ويستثنى منها مسائل منها إذا اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن، فإنه تقبل.

ومنها إذا وهب جارية واستولدها الموهوب له، ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها، وبرهن تقبل ويستردها والعقر، كذا في الأشباه لابن نجيم بحوالة الخلاصة والبزازية.

الباب الثاني في الدعوى وما يتعلق بها

الفصل الأول

١- المادة: الدعوى قول مقبول عند القاضي أو المحكّم يقصد به إما طلب حق معلوم قِبَل غيره أو دفع الغير عن حق نفسه فشمل دعوى الحق ودعوى دفع التعرض كليهما دون دعوى قطع النزاع. [١]

٢- المادة: صورة دعوى دفع التعرض أن يدعي رجل عند القاضي على آخر انه يتعرض له في داره المملوكة له أو الموضوعة يده عليها فهذه الدعوىٰ يسمعها القاضي منه وينهى المتعرض عن تعرضه حيث لا حجة له فإن وجد حجة بعد ذلك جاز له أن يتعرض بها، وهذه الدعوى في قبولها خلاف والفتوى على قبولها. [٢]

٣- المادة: دعوى قطع النزاع غير مسموعة بالاتفاق، وصورتها أن يأتي شخص إلى القاضي ويقول له إن فلاناً يدعي عليّ حقاً في داري ويطلب منه أن يحضره فإن كان له حق فيها أثبته أمامه وإلاّ يشهد على نفسه بالابراء فالقاضي لا يسمع هذه الدعوى لأن فيها إجباراً لصاحب الحق على أن يدّعي بحقه وصاحب الحق لا يجبر على طلبه.

---

[١] فإن دعوى قطع النزاع غير مسموعة كما في الدر المختار من أول كتاب الدعوى، والفرق بين دعوى دفع التعرض ودعوى قطع النزاع كما في ردالمحتار من أول كتاب الدعوى أن في الأول إنما يدعي عليه أنه يتعرض له في كذا بغير حق ويطالبه في دفع التعرض فدعواه مسموعة، وفِي الثاني: إنما يدعي أنه إن كان له شيء يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء، ودعواه غير مسموعة، لأن فيه جبر المدعي على الدعوى.

[٢] كما في الدر المختار من أول كتاب الدعوى نقلاً عن البزازية.

أنواع الدعوى

٤- **المادة**: الدعوى الصحيحة هي المستوفية شروط صحة الدعوى الآتي بيانها، وحكمها وجوب الجواب على المدعي عليه عقبها وسماع بينة المدعي إذا أنكرها المدعي عليه، ووجوب اليمين على المدعي عليه إذا عجز المدعي عن إثباتها وطلب تحليفه ووجوب الحكم على المدعي عليه إذا نكل عن اليمين.

٥- **المادة**: والدعوى الفاسدة هي التي تكون بخلاف الدعوى الصحيحة تعريفاً وأحكاماً

شروط صحة الدعوى

كثيرة نذكر منها ما يأتي:

٦- **المادة**: الشرط الأول: يشترط لصحة الدعوى أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلاً فلا يصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل، فإذا أفاق المجنون أو عقل الصبي كان كل منهما أهلا لأن يكون مدعياً أو مدعى عليه بشرط إذن الولي في الصبي.[1]

٧- **المادة**: الشرط الثاني: يشترط أن يكون المدعى به معلوماً فَلَو كان مجهولاً لم تصح الدعوى [2] لعدم الفائدة لأن المقصود من الدعوى القضاء بِما ثبت للمدعي على المدعى عليه، والقضاء لا يصح بالمجهول.

---

[1] كما في مجلة الاحكام المادة –١٦١٦) وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة.

[2] كما في مجلة الاحكام المادة –١٦١٩) ، ومعلومية المدعى به ستأتي في المواد الآتية جملتها أنها تكون بشيئين بالإشارة وببيان الوصف، والتعريف بالإشارة يكون صحيحا في تعريف كل نوع من=

بيان المستثنيات التي تصح الدعوى فيها مع جهالة المدعى به

٨- المادة: دعوى المغصوب الهالك أو الذي لا يدرىٰ قيامه أو هلاكه فإنها تصح وإن لم يذكر المدعي قيمته، والقول في قدر القيمة للغاصب.

٩- المادة: دعوى الرهن بدون ذكر قيمة المرهون صحيحة، والقول في قيمته للمرتهن.

١٠- المادة: دعوى الوصية بحق مجهول مقداره صحيحة، والقول في مقداره لورثة الموصي.

١١- المادة: دعوى الإقرار بحق مجهول صحيحة ، فَلَو أدعى على آخر أنه أقر له بحق ولَم يوضح ذلك الحق صحت دعواه وكلف المقر بالبيان.

=المدعى به الموجود الحاضر سواء كان المدعى به عينا منقولا، أو كان عقارا، والتعريف بالوصف يكون في المدعى به الغائب وغير الموجود، وتختلف صور التعريف باختلاف المدعى به، فإن كان المدعى به عقاراً يحصل تعريفه ببيان بلده وقريته، أو محلته وزقاقه وحدوده الأربعة، أو الثلاثة وأسماء أصحاب حدوده إن كان لها أصحاب مع أسماء آبائهم وأجدادهم لكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف المشهور، ولا حاجة إلى ذكر اسم أبيه وجده حسب ما جاء في المادة (١٦٢٣) من المجلة، وإذا كان غير عقار فيعرف ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره، وإذا كان المدعى به دينا يلزم المدعي بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره مثلا يلزم أن يبين جنسه بقوله ذهبا أو فضة ونوعه بقوله سكة عثمانية أو سكة إنكليزية ووصفه بقوله سكة خالصة أو مغشوشة مع بيان مقداره، ولكن إذا ادعى بقوله كذا قرشا على الإطلاق تصح دعواه وتصرف على القروش المعروفة في عرف البلدة، على ما في المادة–١٦٢٦) من المجلة، والتفصيل في شرحي المجلة لعلي حيدر والأتاسي.

١٢-المادة: دعوى الإبراء بالمجهول صحيحة، كل هذه المواد المذكورة مأخوذة من كتاب الأصول القضائية من المرافعات الشرعية في الفقه الحنفي. [١]

١٣-المادة: لو قال لي عليه شيء من فضلة حساب لا اعلم قدره وقامت له بينة أنهما تحاسبا وبقيت له بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة.

١٤-المادة: ولو ادعى حقاً في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقاً لا يعلمون قدره فهي دعوى مسموعة،(معين الحكام) [٢] وإنما صحت الدعوى في هذه المسائل السبع بالمجهول لكي لا يتضرر المدعي ويتوصل إلى الحق إذ ربما لا يعلم قدر قيمته أو حقه في هذه الصور.

بقية شرائط صحة الدعوى:

١٥- المادة: الشرط الثالث: يشترط لصحة الدعوى أن تكون بمجلس القضاء أو المحكم فَلَو حصلت في غيرهما فلا يترتب عليها أحكامها السابقة.

١٦- المادة: الشرط الرابع: يشترط لصحة الدعوى عند الإمام أن تكون بلسان المدعي بعينه إذا لم يكن له عذر يمنعه من الحضور أمام القاضي بأن يكون غائباً أو مريضاً

---

[١] كذا ذُكرت هذه المستثنيات الخمس في ردالمحتار في أوائل كتاب الدعوى.

[٢] معين الحكام من القسم الثالث في ذكر الدعاوى وأقسامها الفصل الأول في الدعوى الصحيحة. (ج١ص٣٣٤)

أو إمرأة مخدرة، فَلَو وكل بدون تلك الأعذار ولَم يرض المدعى عليه لم تصح دعواه، وعند الصاحبين لا يشترط هذا الشرط[١] ورأي الصاحبين هو المعمول. [٢]

١٧- المادة: الشرط الخامس: يشترط أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً فَلَو كان مما يستحيل ثبوته عقلاً كدعوى شخص صغير السن على آخر كبير لا يولد مثله لمثله أنه ابنه أو دعوى شخص على آخر معروف النسب من أبيه أنه ابنه لا تصح.

١٨- المادة: الشرط السادس: يشترط أن لا يكون المدعى به مستحيلا عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على آخر أن له عنده أموالاً عظيمة لنفسه أقرضه إياها أو أودعه دفعة واحدة لم تصح الدعوى، بهذا جزم ابن الغَرْسِ في الفواكه البدرية. [٣]

١٩- المادة: الشرط السابع: يشترط أن تكون الدعوى ملزمة للخصم على شيء على فرض ثبوتها، فَلَو لم يترتب عليها إلزام الخصم بشيء على فرض ثبوتها لم تصح، مثال ذلك أن يدعي شخص على آخر حاضر أنه وكله فالقاضي لا يسمع هذه الدعوى لان

---

(١) في ردالمحتار (ج٤ص٤٤٦) قال في الهداية: لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم، يعني هل ترتد الوكالة برد الخصم عند أبي حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر،جوهرة،آه.

(٢) في الدر المختار: وبقول الصاحبين قالت الثلاثة، وعليه فتوى أبي الليث وغيره، واختاره العتابي، وصححه في النهاية، والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر،آه، وفي ردالمحتار: وفي الزيلعي: أي أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك، وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضا اه. (ج٤ص٤٤٦)

(٣) الفواكه البدرية ص١٠٥).

المدعى عليه يقدر أن يعزله في الحال فعلى تقدير ثبوتها لا يلزم بشيء. (من كتاب الأصول القضائية لعلي قراعة المصري)

٢٠-المادة: لو ادعى رجل على رجل هبة، والهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع ما لم تقبض فلا يصح ولا يلزم المدعى عليه الجواب عن ذلك لأن المدعى عليه لو قال رجعت فلا يلزم مطالبته بشيء، وكذا الوصايا التي له الرجوع عنها. (معين الحكام) [١]

٢١-المادة: الشرط الثامن: يشترط لصحة الدعوى عدم التناقض فيها[٢] مثاله رجل يقر أمام القاضي بعين في يده لغيره فيأمره القاضي بتسليمها له فيدعي بعد ذلك أنه اشترى هذه العين من المقر له بتاريخ سابق على وقت الاقرار، فبذلك يكون متناقضاً، إذ هو بإقراره الأول معترف بملكية غيره في تاريخ إقراره، وبدعواه الثانية يكون مدعياً أنه المالك

---

[١] معين الحكام من القسم الثالث في ذكر الدعاوى وأقسامها ذكر شروط الدعوى.

[٢] قال أبو الليث: التناقض يمنع الدعوى لغيره كما يمنع لنفسه، من أقر بعين لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره بوكالة أو بوصاية، (معين الحكام الباب الثلاثون في القضاء بالتناقض في الدعوى ج٢ص١٩٠) وفي المادة –١٦٥٢– من المجلة: يتحقق التناقض في كلام الشخصين الذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث فإذا اقام الوكيل دعوى منافية للدعوى التي سبقت من الموكل في خصوص واحد لا تصح، آهـ.

وكذا يتحقق التناقض المانع لصحة الدعوى بين فعل وكلام أو بين سكوت وكلام كما لو استشرى أحد مالا ثم ادعى بعد ذلك المال كان تناقضا، وقد حصل هذا التناقض بين الاستشراء الذي هو فعل وبين الدعوى التي هي كلام، وكما لو باع أحد مالا في حضور والده على كونه ملكا له فلو ادعى بعد ذلك والده الذي سكت حين البيع كان تناقضا وهذا التناقض حاصل بين السكوت والكلام، كذا في درر الحكام في شرح المادة –١٦١٥).

في ذلك التاريخ، وما هذا إلاّ تناقض، ووجه عدم سماع هذه الدعوى استحالة ثبوت الشيء وضده، وللتناقض أمثلة كثيرة، لكن الفقهاء استثنوا مسائل تسمع فيها الدعوى مع التناقض لخفاء اسبابها. (من المحل المذبور)

المسائل التي تصح فيها الدعوى مع التناقض

٢٢- المادة: ادعى على مجهول النسب أنه ابني من الزنا ثم أدعىٰ أنه ابنه من النكاح تصح لأن النسب يبني على العلوق وهو مما يخفى.

٢٣- المادة: أقر مجهول النسب أنه رقيق لفلان ثم أدعى عليه أنه أعتقه قبل وقت إقراره بالعتق صحت، لأن العتق مما ينفرد به السيد فيخفي على العبد.

٢٤- المادة: أقرت المرأة أنها في نكاح زوجها ثم أدعت بعدُ أنه طلقها قبل وقت إقرارها الأول سمعت منها الدعوىٰ وإن كانت متناقضة فيها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فهو مما يخفى عليها،وهكذا الحكم في جميع المسائل[1] التي تخفى اسبابها إذا وجد فيها تناقض لا يمنع من سماع الدعوى ما دام باقياً فَلَو ارتفع لم يمنع من صحة الدعوى لعدم وجوده.

---

[1] فيه إشارة إلى أن ما يعفى فيه التناقض ليس منحصراً في هذه الثلاثة بل أن كل ما كان مبنيا على الخفاء يعفى فيه التناقض، كذا في شرح المجلة للأتاسي ج٥ص١٤٥).

بيان الأمور التي يرتفع التناقض بها

٢٥- المادة: يرتفع التناقض بإمكان التوفيق أو بالتوفيق بالفعل حسب الخلاف في ذلك. [١]

---

[١] ظاهر المجلة اختيار التوفيق بالفعل حيث قال في المادة -١٦٥٧- لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ووفقهما المدعي ،آه وفِي درر الحكام: ولا يرتفع التناقض بإمكان التوفيق فقط أي لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ولم يوفقهما المدعي بالفعل فلا يرتفع التناقض استحسانا وعلى القول الأصح ويؤخذ من ظاهر عبارة المجلة أنها اختارت هذا القول. وفي الكلام المتناقض على هذه الصورة ثلاثة احتمالات: الأول – أن يكون توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين غير ممكن، الثاني – أن يكون توفيقه ممكنا ولم يجر التوفيق، الثالث – أن يكون توفيقه ممكنا ويوفق، ففي الاحتمال الأول تكون الدعوى غير صحيحة وفي الاحتمال الثالث تكون صحيحة. أما في الاحتمال الثاني ففيه أقوال أربعة: -١ – يلزم توفيقه بالفعل ولا يكفي فيه إمكان التوفيق، -٢ – يكفي إمكان التوفيق فيه، سواء كان التناقض من المدعي أو المدعى عليه وكان وجه التوفيق متحدا أو غير متحد، -٣ – إذا كان التناقض من المدعي فيلزم فيه التوفيق بالفعل ولا يكفي إمكان التوفيق. أما إذا كان التناقض من المدعى عليه فيكفي إمكان التوفيق؛ لأن الظاهر عند الإمكان وجود التوفيق والظاهر حجة في الدفع وليس حجة في الاستحقاق ولذلك فالظاهر يكفي في الدفع ولا يكفي في الاستحقاق، -٤ – إذا كان وجه التوفيق متحدا فيكفي فيه إمكان التوفيق أما إذا كان وجه التوفيق متعددا فلا يكفي فيه إمكان التوفيق بل يشترط التوفيق بالفعل، انتهى كلام درر الحكام مختصراً.

وفي ردالمحتار قلت: وذكر في البحر هناك أن الاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط وذكر محشيه الرملي عن منية المفتي أن جواب الاستحسان هو الأصح اه وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف والأصوب عندي أن التناقض إذا كان ظاهر السلب والإيجاب والتوفيق خفيا لا يكفي إمكان التوفيق وإلا ينبغي أن يكفي الإمكان، آه. (ج٤ص٢١٩)

٢٦-المادة: يرتفع التناقض أيضاً بتصديق الخصم كمن أدعى ألفاً بسبب القرض ثم أدعاها بسبب الكفالة فصدقه المدعى عليه في دعواه الآخر [١] جاز ذلك وارتفع التناقض وألزم المدعى عليه بما أقر به.

٢٧- المادة: يرتفع التناقض بقول المتناقض "تركت الكلام الأول" بشرط إمكان حمل أحد الكلامين على الآخر كما إذا ادعاه بسبب فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيت قبل هذا بدون سبب فقال المدعي الآن أدعيه بهذا السبب وتركت الكلام الأول يقبل منه ذلك وارتفع التناقض لأنه يصح حمل الكلام الأول على الآخير.

٢٨-المادة: يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم له كما إذا استحق المبيع من المشتري ببرهان وحكم القاضي به للمستحق وبعد ذلك أراد المشتري أن يرجع بالثمن الذي دفعه على البائع جاز له ذلك، ولا يقال إنه مناقض بإقراره لملكية البائع وقت الشراء، وإنكاره لهذه الملكية بدعوى استحقاقه الرجوع على البائع بالثمن لأنه ارتفع بتكذيب الحاكم حيث حكم بملكية المستحق للمبيع[٢] وهكذا في كل مسألة وكل تناقض سواء كان من مدع أو شاهد أو مدعى عليه، وسواء كان ذلك التناقض من متكلم واحد أو من متكلمين ، كذا في الأصول القضائية.

٢٩- المادة: الشرط التاسع: يشترط حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على الخصم الحاضر إلا إذا التمس بذلك كتاباً حكمياً للقضاء فيجيبه القاضي ويكتب إلى

---

[١] في شرح المجلة للأتاسي: لا فرق بين أن يكون التصديق حصل بحضرة القاضي أو بغير حضرته ثم ثبت لديه بالبينة ،آه. (ج٥ص١٣٩– في شرح المادة –١٦٥٣)

[٢] لأن بتكذيب الحاكم كان كلامه الأول بمنزلة العدم.

القاضي الذي بطرفه الخصم بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه، هكذا في البدائع. [١]

٣٠-المادة: حضور النائب يكفي كالوكيل عن الموكل والوصي عن القاصر والوارث عن المورث فالأول بإنابة الخصم والآخيران بإنابة الشرع، هكذا في الأصول القضائية. [٢]

٣١-المادة: لا بد للقاضي أن يكتب في سجله أنه حكم على الميت بحضرة وصيه وعلى المؤكل بحضرة وكيله، ولا يكتب أنه حكم على الوصي ولا على الوكيل.

٣٢-المادة: الشرط العاشر: يشترط أن تكون عبارات الدعوى مشتملة على ما يفيد تيقن المدعي وجزمه بثبوت الحق لدي المدعى عليه، فَلَو ذكر ما يفيد الشك أو الظن لم تصح دعواه، ولا يشترط كلمة ادّعي بخصوصها كما توهم، كذا في الأصول القضائية.

٣٣- المادة: إن كان المدعي عاجزاً عن الدعوى بظهر القلب فيكتب دعواه في صحيفة ويدعي منها فتسمع، ولو كان لسانه غير لسان القاضي يأخذ مترجماً، كذا في فتاوى قاضيخان. [٣]

٣٤-المادة: الشرط الحادي عشر: يشترط في دعوى العقار أن يكون المدعى عليه واضع يده عليه إذا كان الدعوى للملك المطلق، واليد في العقار لا تثبت بتصادق

---

[١] بدائع الصنائع كتاب الدعوى. (ج٦ص٢٢٢)

[٢] كذا يكفي أحد الورثة عن البقية في مال الميت وما عليه، وأحد الموقوف عليهم عن الباقي، هكذا في الفوائد الزينية ص٧٧).

[٣] فتاوى قاضيخان على هامش الهندية(ج٢ص٣٦٧) باب الدعوى، وفيه أيضا: العدد في المترجم ليس بشرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، آه.

الخصمين بل لابد من إقامة البينة أو علم القاضي بذلك[١] بخلاف ما لو أدعى العقار بسبب الشراء ونحوه حيث لم تحتج إلى إثبات اليد بنحو ما ذكر بل تصادق الخصمين يكفي كما في المنقول. (الأصول القضائية)

٣٥-المادة: الشرط الثاني عشر: يشترط أن يذكر المدعي في دعوى المنقول القائم أنه في يد المدعى عليه بغير حق لاحتمال أن يكون العين مرهونة أو مودعة في يده[٢] وهل يجب أن يسأل القاضي عنه فيه خلاف، والأرجح أنه لا يجب وإلا تضرر به كثير من المدعيين. (من المحل المذبور)

---

[١] نفيا لتهمة المواضعة لأن المالك قد يبعد عن العقار عادة فأمكن أن يتواضع اثنان ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك ويسامح في الشهود ثم يدفع المالك معللا بحكم الحاكم، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهد فهذه التهمة منتف فيه، وذكر فيه ابن عابدين نظم شعر،

واليد لا تثبت في العقار ... مع التصادق فلا تمار

بل يلزم البرهان إن لم يدع ... عليه غصبا أو شراء مدعي.

[٢] هذا هو الشرط في الدعوى دون الشهادة لأن الشهود إذا شهدوا بمنقول أنه ملك المدعي تقبل، وإن لم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق؛ لأنهم إنما شهدوا بالملك، وملك الإنسان لا يكون في يد غيره إلا بعارض والبينة تكون على مدعي العارض، ولا تكون على صاحب الأصل، وقال بعضهم ما لم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق لا تقطع يد المدعى عليه، والأول أصح، كذا في البحر ج٧ص٢٠٠).

٣٦- المادة: الشرط الثالث عشر: ويشترط لصحة الدعوى أن يذكر أنه يطالب المدعى عليه حقه الذي يدعيه، وقيل تصح الدعوى بدونه، وهو الصحيح[١] كذا في الأصول القضائية.

---

[١] في ردالمحتار : يطالبه به سواء كان عينا أو دينا منقولا أو عقارا، فلو قال: لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضي مره حتى يعطيه، وقيل يصح وهو الصحيح قهستاني سائحاني، آه وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مره ليعطيني حقي، أو أريد أخذه منه أو أريد أن يؤديه إليّ وما أشبه ذلك.

الفصل الثاني في بيان أنواع المدعى به وما يجب في كل منها

المدعى به إما أن يكون عيناً أو ديناً أو عقاراً أو عقداً أو فعلاً ولكل من هذه الأنواع شروط من جهة المعلومية لا تصح الدعوى بدونها، نذكرها لكل نوع على حدة، والعين ما عدا الدين من العقارات والمنقولات. (من المحل المذبور)

دعوى العقار

٣٧-المادة: لا بد في دعوى العقار من ذكر حدوده، وهي الأراضي التي ينتهي إليها العقار المدعى به من الجهات الأربعة، ولا بد من ذكر أسماء اصحاب الحدود، ولا يلزم ذكر طول العقار ولا عرضه، وتكفي ثلاثة حدود بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه رحمهم الله تعالى إذا سكت عن الرابع، أما إذا ذكر الرابع وأخطأ لا تصح الدعوى. (من المحل المذبور)

دعوى العين المنقول

المنقول إما يكون قائما أو هالكاً، والقائم لا يخلو حاله من أمور ثلاثة:

(ألف) إما أن يمكن إحضاره مجلس القضاء من غير حمل ومؤنة.

(ب) أو يمكن إحضاره مجلس القضاء ولكن بحمل ومؤنة.

(ج) أو لا يمكن إحضاره مجلس القضاء أصلاً.

دعوى العين المنقول القائم الذي لا يحتاج في إحضاره إلى مؤنة

٣٨- المادة: لابد من إحضار المنقول المذكور ليشير إليه عند الدعوى والشهادة واليمين وإلا فلا تصح الدعوى، وبعد تكليف القاضي المدعى عليه بإحضاره لا يخلو إما ان امتثل أمر القاضي وأحضره وأشير إليه في الأمور الثلاثة المذكورة، أو إمتنع فإن امتنع

عن الإحضار بحجة أنه ليس في يده كان للمدعي أن يستحلف بأنه ليس في يده أو يقيم البينة أنه في يده، فإن أقام البينة أنه في يده أو استحلف فنكل أجبره القاضي في الحالتين على إحضاره فإن لم يحضر حبسه حتى إذا علم أنه لو كانت في يده لأحضره فخلى سبيله وسمع الدعوى من المدعي وحكم على المدعى عليه بعد ثبوت الدعوى بقيمته. (من المحل المذبور)

دعوى المنقول الذي له حمل ومؤنة يمكن إحضاره مجلس القضاء

اختلفوا في تفسير ما له حمل ومؤنة قيل: ما لا يمكن حمله بيد واحدة، وقيل: ما لا يحمل إلى مجلس القضاء إلا بأجرة لا مجاناً.

٣٩- المادة: لا بد في دعوى ما له حمل ومؤنة كالمكيل والموزون أن لا يجبر المدعى عليه إحضاره بل ينتقل إليه القاضي أو يبعث أمينه ومعه المدعي وشهوده وشهود آخرون حتى إذا ما أشار المدعي وشهوده إليه حضر شهود القاضي وشهدوا عنده بأن الشهود شهدوا للمدعي بالعين المشار إليها فيحكم القاضي له بذلك.

دعوى القائم الذي لا يمكن نقله إلى مجلس القضاء كقطيع غنم أو صبرة بر

٤٠- المادة: وحكم هذا النوع حكم النوع السابق أن المدعى عليه لا يجبر على الإحضار بل ينتقل إليه القاضي أو يبعث أمينه كما مر.

دعوى المنقول الهالك

لا يراد من دعوى العين الهالكة إلا قيمتها كدعوى الدين سواء بسواء إلا أن عند أبي حنيفة لابد من تعين العين الهالكة. [1]

٤١- المادة: لابد أيضاً من أنها فرس أو حمار ذكر أو أنثى سنها خمس أو عشر، وعند الصاحبين يكفي بيان القيمة فقط. (الأصول القضائية)

ولو ادعى أعياناً هالكة كثيرة مختلفة النوع والجنس والصفة ولَم يُوضح قيمة كل على حدة بل ذكر قيمة الكل جملة هل يكفي في ذلك قولان الصحيح أن الإجمال يكفي. (من المحل المذبور)

دعوى المنقول الغائب الذي لا يدرى قيامه من هلاكه

٤٢- المادة: إذا ادعى عينا وذكر أنه لا يدري هل هي قائمة أو هالكة فَلَو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل، ولو لم يبين القيمة تقبل أيضاً كما في دعوى الرهن والغصب، والقول في بيان القيمة للمدعى عليه. [2] (من المحل المذبور)

---

[1] لأن عنده الحكم بقيمة الهالك بناء على الحكم بملكية الهالك لبقاء حق المالك عنده في الهالك، ثم ينتقل إلى القيمة، وإذا كان كذلك لابد من بيان الهالك في الدعوى والشهادة ليعلم الحاكم بما ذَا يحكم، فالمدعي لا يكتفي بذكر الجنس مثل الدابة بل يقول فرس أو حمار ذكر أو أنثى، وأما على رأي الصاحبين فيكفي ذكر القيمة لأن حق المالك عندهما ينقطع بنفس الهلاك، كذا في الأنقروية ج٢ص٦١).

[2] صورة الغصب كما في قاضيخان انه قال المدعي غصب مني عين كذا ولا أدري أنها هالكة أم قائمة ولا أدري كم كانت قيمتها ذكر في عامة الروايات أنه تسمع دعواه، وصورة الرهن أدعى رجل أنه رهن عنده ثوبا بكذا، وفيه: لكن ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي ببيان القيمة جداً فإن لم يبين يسمع=

دعوى الدين

الدين هو الحق الذي يترتب في الذمة ولا يتعين بالتعين، وهذا قد يكون مكيلاً وقد يكون موزوناً وقد يكون معدوداً.

٤٣-المادة: لا بد من بيان قدر الدين وجنسه ونوعه وصفته كأن يقول عشرة مثاقيل من الذهب المضروب المصري جيداً مثلاً وإن تعددت النقود صرف للأروج. (من المحل المذبور)

٤٤-المادة: لابد من ذكر بيان سبب وجوب الدين من بيع أو قرض أو سلم أو غير ذلك[١] وبيان سبب الوجوب في جميع دعاوي المثليات لازم ما عدا الدراهم والدنانير فإنه لا يشترط فيها سبب وجوبها إلاّ في مسائل منها دعوى الكفالة[٢] ودعوى المرأة مالاً على

=دعواه ويقبل بينته، ويأمر المدعى عليه بإحضار ذلك العين فإن أبى حبسه شهرين فإن أحضر عينا من ذلك الجنس يقال للمدعي أهذا الذي ادعيته فإن صدقه أخذه، وإن كذبه كلف المدعى عليه بإحضار عين آخر إلى أن يوافقه المدعي في ذلك فإن عجز المدعى عليه وظهر عجزه يقضي عليه بالقيمة، والقول في مقدار القيمة للمدعى عليه، انتهى، فتاوى قاضيخان على هامش الهندية. (ج٢ص٣٧٨)

[١] لأن أحكام الديون تختلف بإختلاف أسبابها فإنه إذا كان الدين بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الخلاف، ولا يجوز به الاستدلال قبل القبض، وإن كان ثمن المبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، وإن كان من قرض لا يلزم التأجيل فيه، كذا في الأنقروية ج٢ص ٦٣).

[٢] في الأنقروية: وفِي دعوى المال بسبب الكفالة لابد من بيان السبب لأن الكفالة بالدية على العاقلة وبنفقة المرأة إذا لم يبين المدة المعلومة أو يقول ما عشت أو ما دمت في نكاحي لا يصح، وبمال الكتابة لا يصح، ولو أدعت المرأة مالا على ورثة الزوج لم يصح ما لم تبين السبب لجواز أن يكون=

ورثة زوجها بعد وفاته ودعوى الدراهم المنقطعة عن الأيدي ففيها يشترط بيان سبب الوجوب. (من المحل المذبور)

دعوى النسب

كل نسب يصح إقرار المدعى عليه به شرعاً فالمدعي خصم له سواء أدعى حقاً له أو لم يدع وما لا يصح الإقرار به فالمدعي ليس بخصم له إلاّ إذا أدعى بسببه حقاً من نفقة أو ميراث أو غيرهما. (1)

٤٥- المادة: يصح إقرار الرجل بأربعة وهم الولد والوالد والزوجة والمولى، ويصح إقرار المرأة بثلاث وهم الوالد والزوج والمولى، ولا يصح إقرارهما بمن عدا هؤلاء. (من المحل المذبور)

=دين النفقة وهي تسقط بموته (ج٢ص٦٨) وفي دعوى الدراهم المنقطعة لابد من بيان السبب لأنها لوكانت ثمن البيع يبطل البيع بالانقطاع فعلى المشتري رد العين إن كانت قائمة ورد المثل أو القيمة إن لم تكن قائمة، وإن كانت بسبب القرض أو النكاح أو الغصب تجب القيمة بحسب التفصيل المذكور في كتب الفقه.

(1) الأصل في دعوى النسب أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه فَلَو كان مما يثبت بإعترافهما كأبوة وبنوة وولاء وزوجية فالمدعي خصم لو أنكر المدعى عليه، وتقبل بينته سواء أدعى لنفسه حقاً أو لم يدع، ولو كان مما لا يثبت بإعترافهما كأخوة فهو خصم لو أدعى حقاً مع ذلك وإلا فلا، كذا في الأنقروية ج٢ص٤٩).

الفصل الثالث في أحكام الدعوى

٤٦-المادة: متى صحت الدعوى وجب الجواب على المدعى عليه فحينئذ لا يخلو حاله إما أن يقر أو ينكر أو يسكت أو يقول لا أقر ولا أنكر، ففي الإقرار انقطع النزاع وأمر القاضي بتسليم ما أقر به، وفِي الانكار سأل القاضي عن المدعي أله بينة على دعواه أم لا فإن أحضر بينة جامعة الشروط حكم القاضي له على المدعى عليه بالحق، وإن عجز المدعي عن الاثبات قال له القاضي لك يمينه فإن طلب تحليفه على نفي دعواه فإن حلف خلّى سبيله، وإن نكل حكم عليه بمقتضى نكوله، وإن سكت مع عدم آفة تمنعه من النطق أو قال لا أقر ولا أنكر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو ينكر[1] هذا إذا كانت الدعوى صحيحة فَلَو كانت فاسدة لم يترتب عليها تلك الاحكام. (من المحل المذبور)

من يكون خصماً ومن لا يكون خصماً

لما كان الإحضار ووجوب الجواب وغيرهما إنما يتعلق بمن يكون خصماً دون غيره فلابد من معرفة الخصم حتى يعرف كل إنسان خصمه فيطالبه دون من سواه، وهذا الباب وإن كان واسع الرجاء كثير الفروع إلاّ أنّ أكثر مسائله ترجع إلى هذه الأصول الأتية. (من المحل المذبور)

---

[1] في الدر المختار: وإذا قال المدعى عليه لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر، درر، وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة. قال في البحر: وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء آه. (الدر المختار على هامش ردالمحتار ج٢ص٤٧١)

الأصل الأول

٤٧- المادة: كل من يصح إقراره بالدعوى يصح إنكاره، فينصب خصماً في إقامة البينة عليه، ومن لا يصح إقراره لا يصح انكاره فلا ينصب خصماً في إقامة البينة عليه إلاّ الأب والوصي ومتولي الوقف فهؤلاء لا يصح إقرارهم بمال الصغير والوقف لكن إنكارهم يصح منهم فينصبون خصوماً في إقامة البينة عليهم غير أنهم لا يُحلّفون عند العجز عنها إلاّ إذا كانت الدعوى بعقد عليهم فيستحلفون في ذلك، فَلَو أدعى رجل على آخر بألف قرض أو غصب ثوب قيمته خمسون أو ملك دار تحت يد المدعى عليه صحت الدعوى لأن المدعى عليه خصم في جميع هذه الصور إذ لو أقر بالدعوى صح إقراره وألزم به. (من المحل المذبور)

الأصل الثاني

٤٨- المادة: أن الخصم في دعوى العين هو صاحب اليد[1] إذا لم تتضمن دعوى فعل على المدعى عليه وإلاّ فالخصم من أدّعِي عليه الفعل سواء كانت العين في يده أو لم يكن.

---

[1] أي فقط كما في المادة– ١٦٣٥– من المجلة: مثلا: إذا غصب أحد فرس الآخر وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فيدعيها على الشخص الذي هو ذو اليد فقط، ولا يدعيها من الغاصب حيث إنه لو ادعى على الغاصب وحكم عليه فلا يمكن إجراء الحكم عليه حيث لم يكن المال المدعى به تحت يده، وإذا أدعى الفعل فتصح على غير ذي اليد، مثلا إذا أدعى الضمان بسبب استهلاك الغاصب للمغصوب ببيعه لآخر وتسليمه إياه فتصح على الغاصب وإن لم يكن المغصوب في يده.

٤٩- المادة: كل من المستأجر والمرتهن والمستعير والمودع ليس بخصم ممن يدعى ملكاً مطلقاً أو يدعي إجارة أو رهناً أو شراءً من المالك لأن العين المدعاة وإن كانت في يد هؤلاء لكنهم معترفون بالملكية لصاحبها فلابد لصحة الخصومة من حضور المالك مع كل من المذكورين.

٥٠- المادة: كل من المشتري والموهوب له خصم لجميع المذكورين لأن كلاً من اليد والملك له.

٥١- المادة: المشتري شراء جائزاً ولم يقبض ليس بخصم وحده لمن يدّعى ملك العين أو منفعتها بل لابد من حضور البائع أيضا لأن اليد له.

٥٢-المادة: المشتري شراءً فاسداً لا يكون خصماً لمدعي الملكية إن لم يقبض لأنه لا يد له ولا ملك، والخصم هو البائع وحده، فإن قبض كان المشتري هو الخصم لإجتماع الأمرين اليد والملك له، فالحاصل أن في دعوى ملك العين أو منفعتها الخصم هو صاحب الملك واليد فإن اجتمعا في شخص كان هو الخصم وحده وإن تفرقا في شخصين كان الخصم مجموعهما.

الأصل الثالث

٥٣-المادة: الحاضر ينتصب خصما عن الغائب بحيث يكون الحكم على أحدهما حكماً على الآخر إذا كان بينهما اتصال في الحق المدعى به، ويكون ذلك في مواضع.

٥٤- المادة: أحد الغرماء خصم عن بقيتهم في ثبوت إعسار المديون فإذا أثبت المديون إعساره في وجه أحدهم في غيبة بقيتهم ثبت إعساره في حق الكل ولا يحبس لواحد منهم.

٥٥- المادة: أحد نظار الوقف خصم عن بقيتهم فإذا وقف رجل أرضه على قرابته وجعل النظر للمتعددين فأدعى أحد أنه من قرابته وأثبت على أحد الناظرين في غيبة الباقين قرابته للواقف فيثبت على الكل.

٥٦- المادة: أحد مستحقي الوقف خصم عن الباقين إذا كان كل من الواقف والوقف واحداً كما إذا كان وقف بين الأخوين فمات أحدهما وبقي الموقوف في يد الحي وأولاد الميت فبرهن الحي على واحد من أولاد أَخِيهِ أن الوقف بطن بعد بطن فلا حق لهم في الوقف إلاّ بعد وفاته وأثبت ذلك كان حكماً على الغائبين.

٥٧- المادة: يقوم أحد أولياء الدم مقام الباقين في العفو عن القاتل فإذا عفا أحدهم ثبت العفو في حق الكل لأن أحدهم نائب فيه عن جميعهم.

٥٨- المادة: ينوب أحد المسلمين عن بقيتهم في إعطاء الأمان للحربي الداخل بلادنا فكان كأمان جميعهم لأنه نائب عنهم.

٥٩- المادة: ينوب أحد من كان أهلاً للخصومة ولو كان ذمياً عن جميعهم في المطالبة بنقض بناء أقيم في طريق عام نافذ.

٦٠- المادة: ينوب أحد الأولياء المتساوين عن الجميع في تزويج الصغيرة بكفو بمهر المثل وليس للغائبين أن يعارضوا.

٦١- المادة: الشركة في كل دين أو عين بسبب واحد موجبة لقيام الحاضر مقام الغائب في الخصومة، هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فالنيابة مختصة في الميراث. [1]

---

[1] اعتمدت المجلة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حيث جاء في المادة –١٦٤٣– ليس لأحد الشركاء في عين ملكوها بسبب غير الإرث أن يكون في الدعوى خصما للمدعي في حصة الآخر،=

٦٢-المادة: مثلاً لرجل دين على رجلين فبرهن على أحدهما والآخر غائب قضي به عليهما عند الصاحبين.

٦٣-المادة: برهن أنه شرى بيتاً من رجلين هو بيدهما وأحدهما حاضر والآخر غائب لا يحكم على الحاضر إلاّ في حصته إتفاقاً، ولا ينوب خصماً عن الغائب وإن أقر بنصيبه لأنه لما تعدد البائع لم يكن حق أحدهما متصلاً بحق الآخر لتفرق الصفقة فلم يوجد موجب الانتصاب وهو الاتصال.

٦٤-المادة: إذا كان ما يدعي على الغائب سبباً أو شرطاً لما يدعي على الحاضر فبعد ثبوت الحاضر خصماً ينوب خصماً عن الغائب.

٦٥-المادة: كما لو أدعى على شخص ميراثاً أو نفقة لأنه أخوه جاز أن يبرهن على هذه الدعوى وهي وإن كانت مشتملة على دعوى النسب من أب المدعى عليه وهو غائب إلا أن الحاضر ينوب خصماً عنه لأن ثبوت النسب من الغائب سبب الميراث أو النفقة.

=مثلا لو ادعى أحد في حضور أحد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء أنها ملكه وأثبت ما ادعاه وحكم بذلك يكون الحكم مقصورا على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري إلى حصص الباقين، آهـ، وفي شرح المجلة للأتاسي: والفرق بين هذا وبين أحد الشركاء في العين الموروثة أن الدعوى قائمة في الثاني على الميت وكل من الورثة قائم مقامه حقيقة وحكماً فينوب واحد منهم من الباقين، وفي الأول قائمة على كل واحد من الشركاء فلا يقوم أحدهم مقام الآخر قصداً بغير وكالة أو وصاية أو نحوهما، ثم لا فرق في عدم كون أحدهم خصماً عن الآخر بين أن يكون مدعى عليه أو مدعيا، وكذا لا فرق بين أن يكون المشترك المدعى به عيناً أو ديناً، آهـ.

٦٦- المادة: وكما لو أدعى على رجل أنه كفيل عن فلان الغائب بما ثبت له من الحق فأقر بالكفالة وأنكر الحق وأثبت المدعي حقه يحكم بذلك على الحاضر والغائب كليهما، والكفيل في ذلك نائب عن الأصيل لأن وجوب الحق على الأصيل سبب لوجوبه على الكفيل.

٦٧- المادة: وكما إذا أدعى شفعة في دار أو أرض فقال ذو اليد إنها لي ما شريتها فبرهن المدعي أن ذَا اليد شراها من فلان الغائب بكذا وهو يملكها يحكم على الحاضر والغائب، وينصب الحاضر خصماً عن الغائب.

٦٨- المادة: ادعى عبد على سيده أنه أعتقه أو امرأة على زوجها أنه طلقها لأن السيد علق اعتاق عبده على اعتاق فلان الغائب عبده أو على طلاق فلان الغائب زوجته، وقد وجد الشرط، واثبت ذلك يحكم على الحاضر والغائب جميعاً، فهذا مثال الشرط.

٦٩- المادة: وإن كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر لكن باعتبار البقاء فقط لم يحكم لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، صورتها برهن المشتري شراء فاسداً على البائع أنه باع المبيع من فلان الغائب يريد بذلك إبطال حق البائع في الاسترداد فههنا أدعى أمرين أحدهما على الحاضر وهو ابطال حق الاسترداد، وثانيهما على الغائب وهو شراء العين، وما أدعى على الغائب سبب لما أدعى على الحاضر ولكن ليس دائماً بل مادام باقياً فإذا بطل بفسخ لم يصر سبباً ففي هذا لا ينصب الحاضر خصماً عن الغائب.

٧٠- المادة: والوارث نائب عن المورث في جميع المخاصمات سواء كان مدعياً أو مدعى عليه لكن فيه تفصيل، وهو أن المدعى به إما أن يكون عيناً أو دينا وعلى كل فإما

أن يدعى به على الميت أولا فإن كان يدعى بعين على الميت فالخصم هو الوارث الذي العين في يده دون غيره، ثم انتصاب الوارث صاحب اليد خصماً عن بقية الورثة مشروط بشروط أربعة:

الأول: أن يدعى ذلك الوارث ملكية العين لجهة الميراث عن الميت حتى لو أدعى ملكاً مطلقاً أو شراءً أو هبةً من آخر لا يكون خصماً عن بقية الورثة.

والشرط الثاني: أن تكون العين المدعاة كلها في يده فإن كان بعضها في يده وبعضها في يده غيره لم ينصب خصماً عنهم فيما ليس بيده.

والشرط الثالث: أن تكون العين المدعاة شائعة بين الورثة لم تقسم فَلَو قسمت، وأودع الورثة الغائبون نصيبهم عند الوارث الحاضر لم ينصب الحاضر خصماً عنهم في أنصبائهم.

والشرط الرابع: أن يصدق الوارث الغائب الوارث الحاضر في أن العين ملك لهم بطريق الميراث عن الميت، فَلَو لم يصدق أنها ملكنا بطريق الميراث عن أبينا بل قال هي ملكنا بالميراث عن أخينا أو اشتريناها من فلان لم يكن الحاضر خصماً عنه.

٧١-المادة: وإن ادعى الوارث عينا للميت على أحد فإما أن يدعى له ولباقي الورثة أو يدعى نصيبه فقط ففي الأول ينتصب خصماً عن بقية الورثة وفِي الثاني لا.

٧٢- المادة: وإذا ادعى أحد بدين على الميت فإن كان له وارث أو وصي فكل منهما خصم للمدعي سواء كان بيدهما شيء من التركة أو لم يكن، وإن لم يكن للميت وارث أو وصي فان كان هناك شخص موصى له بما زاد على الثلث من قبل الميت فهو الخصم، وإن لم يكن فينظر إن كان هناك وكيل بيت المال مؤكل في أن يدعى عليه كما أنه

مؤكل بالجمع والحفظ فهو الخصم وإلا فلينصب القاضي وصياً ليخاصم ممن ينكر الدين على الميت.

الأصل الرابع

٧٣-المادة: الخصم في دعوى الإرث والوصاية أربعة أشخاص، وارث الميت، دائن الميت، من عنده مال للميت وديعة أو غضباً، أو عليه له دين.

والخصم في دعوى النسب من الميت خمسة أشخاص الوارث، والوصي، والموصى له، ودائن الميت، ومديونه.[1] (الكل من المحل المذبور)

الأصل الخامس

٧٤- المادة: الخصم في دعوى نكاح الكبيرة البالغة هو نفسها دون وليها سواء أدعى عليها النكاح حالة بلوغها أو حالة صغرها بمباشرة وليها، والخصم في دعوى نكاح الصغيرة هو وليها الذي زوجها.

الأصل السادس

٧٥-المادة: الصبي المأذون له بالتجارة يصلح للخصومة في كل حق يتعلق بالتجارة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه بلا حاجة إلى حضور وليه أو وصيه بخلاف الصغير المحجور فإن الخصم في الدعوى له أو عليه هو الولي. (من المحل المذبور)

---

[1] يعني لو أدعى رجل مالاً بسبب الإرث أو أن الميت أوصى له عند وارث الميت أو داين الميت أو من عنده مال الميت وديعة أو غضباً أو من عليه دين الميت تصح دعواه، ولو أدعى النسب بأنه ابن الميت مثلاً عند الوارث أو الوصي أو الموصى له أو دائن الميت أو مديونه تصح دعواه، فإن أقام المدعي البينة في هذه الصور يحكم القاضي بذلك له.

الفصل الرابع في بيان من يجب حضوره عند الخصومة

٧٦- المادة: ادعى على منكوحة الغير يشترط حضور الزوج. [١] (من منية المفتي للإمام السجستاني)

٧٧- المادة: إن ادركت الصغيرة وزوجها كبير وقد زوجها غير الأب والجد لا يفرق القاضي بينهما ما لم يحضر الزوج أو وكيله. (أحكام الصغار للاستروشني)

٧٨- المادة: حضور الزوج شرط في جميع التفاريق لأنه لا يفرق القاضي في غيبة الزوج. (من البحر الرائق)

٧٩- المادة: الشهادة بعتق الأمة وبالطلاق تقبل حسبة بلا دعوى[٢] ولا يشترط حضور المرأة والأمة، ولكن يشترط حضور الزوج والمولى عند المرأة والأمة ليشير إليهما الشهود. (من شروط الحلواني)

---

[١] فإن المدعي يخاصم الزوج أولا، في الأنقروية: لو أدعى رجل نكاح امرأة هي في نكاح الغير ولا بينة له يستحلف الزوج والمرأة، ويبدأ بيمين الزوج على العلم فإن حلف انقطع الخصومة، وإن نكل تحلف المرأة على البتات فإن نكلت فهي للمدعي. (ج٢ص١١٥).

[٢] يعني لا تشترط الدعوى لصحة الشهادة على الطلاق وعتق الأمة المعينة لما فيهما من تحريم الفرج وهو حق الله تعالى فتقبل اتفاقا، وفي عتق العبد والأمة الغير المعينة تشترط الدعوى لصحة الشهادة عند الإمام؛ لأن العتق حق العبد فلا بد من الدعوى وهي لا تتحقق من المجهول، وعتق المبهم لا يحرم الفرج عنده خلافا لهما لأن المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة وهذا لأن المشهود به العتق وهي حق الشرع ألا يرى أنه لا يحتاج إلى قبول العبد ولا يرتد برده، كذا في مجمع الأنهر ج١ص٥٢٥).=

٨٠-المادة: غصب داراً مستأجرة فدعوى المالك على الغاصب لا تجوز بلا حضور المستأجر، ودعوى المستأجر على الغاصب بلا حضور المالك تسمع. (١) (من الفصل الثالث من الفصولين)

٨١-المادة: إن كان البذر من المزارع فهو كالمستأجر فيشترط حضوره في دعوى الأرض وإن لم يكن البذر منه إن نبت الزرع فكذلك وإن لم ينبت لا يشترط هذا في دعوى الملك المطلق، وفي دعوى الغصب لا يشترط حضور المزارع لأنه يدعي عليه الفعل. (من الخلاصة في أول الدعوى) (٢)

=وفي التبيين:فإن قيل لو كان سقوط الدعوى في عتق الأمة لثبوت حرمة فرجها على المعتق لما قبلت على عتق الأمة المجوسية، وعلى الطلاق الرجعي لعدم تضمن الحرمة قلنا لا يخلو عن إثبات حق الله تعالى فيه أما الرجعي فقد انعقد سببا للحرمة لأنها تحرم به عند انقضاء العدة، وينتقص به العدد أيضا، وهو نوع من الحرمة، والأمة المجوسية لا يوجب وطؤها الحد، ولا يسقط به الإحصان ما دامت في ملكه، وبعد العتق يوجب الحد، ويسقط به إحصانه. (ج٣ص٨٩)

(١) كذا في المجلة المادة- ١٦٣٧- يعني إذا أدعى المستأجر على الغاصب أن هذا المال هو بإيجاري وقد غصبته مني فتصح دعواه ولا يشترط حضور المالك لأن المستأجر مالك للمنفعة فله حق الخصومة بلا حضور المالك، وكذا إذا غصب أحد من آخر العقار الوقف الذي بإيجاره وضبطه فأراد المغصوب منه المستأجر الادعاء بالعقار المذكور على الغاصب فلا يشترط حضور المتولي، وأما دعوى المالك على الغاصب فلا تصح بدون حضور المستأجر.

(٢) الخلاصة ج٤ص٨٤) صورة دعوى الملك المطلق أن يدعي المدعي الأرض التي في يد المزارع فإن كان البذر منه يشترط حضوره في الدعوى لأنه مستأجر للأرض، وإن لم يكن البذر منه فإن نبت الزرع فكذلك يشترط حضوره لأن له حصة في الزرع النابت فيشترط حضوره لئلا يحكم بقلعه في=

٨٢- المادة: في دعوى المرهون يشترط حضور الراهن والمرتهن وفاقاً. (في أوائل الفصل الثالث من الفصولين) [١]

٨٣- المادة: لو ادعى ديناً على الميت وللميت ورثة صغار لا يشترط حضور الكل لكن حضور الواحد يكفي. (المحيط والذخيرة) [٢]

٨٤- المادة: إذا قامت البينة على إفلاس المحبوس لا يشترط سماعها بحضرة رب الدين لكنه إن كان حاضراً هو أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضوره وإن لم يكن حاضراً يطلقه بكفيل. (من نفع الوسائل) [٣]

=غيبته، وإن لم ينبت الزرع فلا يشترط، وأما إذا غصب الارض وهي في يد المزارع فلا يشترط حضوره لأنه دعوى الفعل وهو الغصب وهو ليس فعله.

[١] جامع الفصولين ج٢ص٣٧) الراهن بوجه الملك والمرتهن بوجه اليد.

[٢] كذا في معين الحكام ج١ص٣٦٣) وجامع الفصولين ج١ص٥١).

[٣] كذا في حاشية الشلبي على التبيين ج٥ص٢٠٠).

الفصل الخامس في دفع الدعاوى[1]

---

[1] اعلم أن الدفع شرعا هو الإتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه ترد وتزيل دعوى المدعي، كما في المجلة المادة – ١٦٣١) وفِي الدفع يصير المدعى عليه في أصل الدعوى مدعيا، والمدعي في أصل الدعوى مدعى عليه، فلذلك إذا أثبت مَن دفع الدعوى دفعه بإقرار المدعي أو بإقامة البينة تندفع دعوى المدعي، وإن عجز المدعى عليه عن إثبات الدفع بناء على إنكار المدعي فيحلف المدعي الأصلي بطلب صاحب الدفع فإن نكل المدعي الأصلي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه، وإن حلف تعود دعواه الأصلية، كذا في المجلة المادة –١٦٣٢)، ولا يشترط في صحة الدفع صحة الدعوى فلذلك لو دفع المدعى عليه الدعوى الغير الصحيحة بدفع صحيح وأثبته يقبل، في البحر (ج٧ص٢٣١) فإن قلت ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع أن القاضي لا يسمعها قلت تفقهاً، ولم أره: فائدته لو أعادها على وجه الصحة كان الدفع الأول كافيا، آه، وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقيل لا يسمع بعد ثلاث بأن ادعى الملك المطلق فقال اشتريته منك فدفع قائلا بالإقالة فدفع قائلا بأنك أقررت ما اشتريته مني يسمع في المختار، كذا في البحر(٧/٢٣١)، ولا يصح الدفع من غير المدعى عليه، ويستثنى منه مسألتان الأولى: إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللوارث الآخر يجوز الدفع لأن أحدهم ينوب خصماً عن باقيهم فيما لهم وما عليهم، والثانية: إذا ضبط من يد المشتري المال المشترى بالاستحقاق فإذا أقام البائع البينة بأن المستحق قد باعه ذلك المال قبل بيعه للمشتري تقبل دعواه ولو لم تكن على البائع، كذا في شرح المجلة لعلي حيدر في توضيح المادة–١٦٣١).

وهذه الطريقة هي معمول بها الآن في كل البلدان وكل الأنظمة، وهي الدليل على جواز جعل المحاكم درجات –كما هو حاصل الآن – وحق المدعى عليه في استئناف الدعوى، وحق المدعي في استئناف آخر بعد استئناف المدعى عليه حتى تصل القضية إلى محكمة النقض أو إلى أعلى محكمة في البلاد=

الدفوع على قسمين مقبولة وغير مقبولة:

٨٥- المادة: الأصل أن الدعوى متى فصلت بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها لا تنقض ولا تعاد، ولكن إن آتى المدعى عليه بدفع صحيح تدفع الدعوى إن كانت قبل الحكم، وينقض الحكم أيضاً إن وقع الحكم بعدها لكن نقض الحكم والقضاء مشروط بشرطين:

الأول: أن يبرهن الدافع على بطلان القضاء الأول كما إذا أدعى المدعي داراً بالإرث من أبيه وبرهن على ذلك وقضى له القاضي بها وبعد ذلك أدعى المدعى عليه أنه اشترى هذه الدار من مورث المدعي وبرهن على ذلك، وكما إذا أدعى الخارج الشراء من فلانٍ وبرهن على دعواه وحكم له القاضي ثم أدعى المدعى عليه أنه اشترى هذه العين من فلانٍ قبل تاريخ شراء المدعي يقبل الدفع وينقض الحكم الأول في الصورتين.

والشرط الثاني: أن لا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه والدعوى الأصلية، فَلَو أمكن التوفيق لم يقبل، وصورته أن يدعى شخص ملكية دارٍ وحكم له بها بعد البرهان فيدعي المدعى عليه أن المدعي أقر له قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار فلا يقبل هذا الدفع ولا ينقض الحكم لإمكان التوفيق بأن يحمل بأن المدعي شراها بخيار فلم يملكها في ذلك الزمان ثم يمضي مدة الخيار ملكها. (الأصول القضائية في المرافعات الشرعية)

=حيث يكون حكمها ملزما لا يجوز دفعه ولا رفعه ولا نقضه، وذلك لوجوب إنهاء النزاع حتى لا يستمر إلى غير نهاية.

٨٦- المادة: الأصل أن كل دفع يترتب على ثبوته بطلان الدعوى ولَم يكن الدافع مناقضاً نفسه فدفعه مقبول وإلاّ فلا يصح [١] الدفع قبل إقامة البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده، ودفع الدفع وإن كثر ما لم يظهر احتيال وتلبيس. (تكملة ردالمحتار) [٢]

الدفوع المقبولة

٨٧- المادة: لو دفع دعوى المدعي بمعاينة التصرف تندفع لأن المدعي إذا كان ناظرا ومطلعا على تصرف المدعى عليه إلى أن مات لا تسمع الدعوى على ورثته كما مر عن الخلاصة، وكذا لو مات المدعي لا تسمع دعوى ورثته كما مر عن الولوالجية. (تكملة ردالمحتار)

---

[١] هذه المادة معيار الدفوع المقبولة والغير المقبولة، مثال ما لا يترتب على ثبوته بطلان دعوى المدعي أنه إذا ادعى المدعي قائلا: إن هذا الرجل قد أخذ مني مالي الفلاني فادعى المدعى عليه قائلا: إن المدعي قد أقر بأن شخصا آخر قد أخذ منه ذلك المال وأقام البينة على ذلك لا يقبل ولا تبطل دعوى المدعي بذلك؛ لأنه يمكن للمدعي أن يقول نعم إن الشخص الفلاني قد أخذ ذلك مني ثم أعاده لي ثم أخذه مني هذا المدعي عليه.

ومثال ما كان الدافع مناقضا نفسه أنه إذا كفل الكفيل دين آخر فطالبه الدائن بالدين فادعى الكفيل بأن الدين الذي يطلبه المدعي من المديون الأصيل هو ثمن خمر وأراد إقامة البينة على ذلك لا يقبل دفعه للتناقض.

[٢] كذا في درر الحكام شرح مجلة الاحكام في توضيح المادة –١٦٣١) وذكر فيه أمثلة كل نوع فليراجع إليه.

٨٨- المادة: والدعوى تندفع بمرور الزمان أيضاً كما في تكملة ردالمحتار إذا كان الترك بلا عذر من كون المدعي غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولي، أو المدعى عليه أميرا جائرا يخاف منه، أو أرض وقف وليس لها ناظر. (١)

---

(١) اعلم أن مرور الزمن على نوعين: النوع الأول: مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة، ولذلك فالدعوى التي تترك ستا وثلاثين سنة بلا عذر لا تسمع مطلقا حيث إن ترك الدعوى تلك المدة مع الاقتدار عليها وفقدان العذر يدل على عدم الحق، وهذا المنع هو منع الفقهاء فلذا لا يسمع القاضي الدعاوى التي مر عليها هذه المدة وإن أمره السلطان بسماعها، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

والنوع الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطان ، وإن عدم استماع الدعوى في مرور الزمن الذي هو من هذا النوع مبني على المادة (١٨٠١) من المجلة فلذلك إذا تحقق في دعوى مرور زمن من هذا النوع وأمر من قبل السلطان باستماع تلك الدعوى فتسمع. وللسلطان أن يمنع قاضيا من استماع الدعوى التي يقع فيها مرور زمن من هذا النوع وأن يأذن قاضيا آخر بسماع مثل هذه الدعوى، ولو سمع القاضي الممنوع الدعوى التي مضى عليها الزمن المعين من قبل السلطان وحكم بها لا ينفذ قضاؤه لأنه معزول فيها لما تقرر أن القضاء يتقيد ويتخصص بزمان ومكان ودعاوى، فلذا يتحدد بتحديد السلطان فإذا كان المدعى به عيناً أو ديناً أو حقاً من الحقوق وترك المدعي دعواه خمس عشرة سنة لا تسمع دعواه، وإن كان مشد المسكة أو حق القرار في أراضي أميرية رقبتها مملوكة لبيت المال لا تسمع بعد عشر سنوات، وإن كان في عقار الوقف تسمع إلى ست وثلاثين سنة، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

وهذا المنع هو في حق القاضي وليس في حق الحكم فلذلك إذا فصل الحكم دعوى مر عليها خمس عشرة سنة فصحيح وينفذ حكمه حتى لو أن شخصين عينا القاضي حكما بفصل دعوى " فللحكم المذكور أن يفصل تلك الدعوى ولو مر عليها خمس عشرة سنة، كذا في درر الحكام.=

٨٩-المادة: لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث بعد أن تركت خمس عشرة سنة. (المجلة)

٩٠-المادة: إن كان الدعوى في طريق الخاص والمسيل وحق الشرب فلا تسمع بعد خمس عشرة سنة[١] وإن كان في عقار الوقف فللمتولي أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة ، ودعوى الأراضي الأميرية لا تسمع بعد مرور عشر سنين. [٢] (من المحل المذبور)

٩١-المادة: لا يسقط الحق بتقادم الزمان وإن طال حتى إذا أقر المدعى عليه بالحق بأنه للمدعي في حضور الحاكم يحكم بموجب الإقرار، وأما إذا لم يقر المدعى عليه في

=ثم اعلم أن عدم سماعها ليس مبنيا على بطلان الحق، لأنه ليس ذلك حكما ببطلان الحق، وإنما هو امتناع القضاة عن سماعها خوفا من التزوير ولدلالة الحال كما دل عليه التعليل، وإلا فقد قالوا إن الحق لا يسقط بالتقادم كما في قضاء الأشباه فلا تسمع الدعوى في هذه المسائل، مع بقاء الحق للآخرة ولذا لو أقر به يلزمه، كذا في ردالمحتار، وفيه أيضاً: يجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه، أو يأمر بسماعها، كي لا يضيع حق المدعي، وهذا حيث لم يظهر من المدعي أمارة التزوير، والتفصيل في ردالمحتار وشرحي المجلة لعلي حيدر والآتاسي فليراجع إليها.

[١] هذا إذا كان حق المرور والمسيل والشرب راجعا إلى الأراضي المملوكة، وإن كان راجعا إلى الأراضي الأميرية فلا تسمع بعد عشر سنوات، وإن كان راجعا إلى أرض الوقف تسمع إلى ست وثلاثين سنة، كما في درر الحكام.

[٢] صورته إذا تصرف أحد في مزرعة الأراضي الأميرية عشر سنوات في مواجهة آخر وسكت ذلك الآخر تلك المدة بلا عذر ثم أقام الدعوى قائلا إن تلك المزرعة بتصرفي بموجب سند طابو قبل السنين المذكورة وأنكر المدعى عليه فلا تسمع دعواه، كما في درر الحكام.

حضرة الحاكم وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية لا تسمع دعوى الإقرار لكن الإقرار الذي ادعى إن كان قد ربط بسندٍ ما وخط المدعى عليه معروف مقدماً ولَم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند إلى مدة الدعوى تسمع دعوى الإقرار. (المجلة)

٩٢- المادة: لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوي المحال التي يعود نفعها إلى العوام كالطريق العام والنهر والمرعى. (الحوالة السابقة)

٩٣- المادة: لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المفلس إلاّ من تاريخ زوال الإفلاس مثلاً لو أدعى على من تمادى إفلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك بأنه قبل خمس عشرة سنة لم يقدر على الدعوى لأجل إفلاس المدعى عليه تسمع. دعواه (المجلة)

٩٤- المادة: ادعى رجل على آخر مالاً وحكم به الحاكم فدفع المدعى عليه بأن المدعي بعد الحكم له بالمال قال إنه لم يكن ملكي وبرهن على ذلك صح الدفع واسترد منه المال لأن قوله لم يكن ملكي المراد منه الملك في الماضي فيكون مكذباً نفسه.

٩٥- المادة: ادعى على رجل مائة درهم فقال المدعى عليه ما لك عليّ شيء فبرهن المدعي على دعواه فدفع المدعى عليه بأنه أدى المقدار المدعى به إلى المدعي أو بأن المدعي أبرأه منه صح الدفع لعدم التناقض.

٩٦- المادة: ادعى على رجل مائة درهم فدفع المدعى عليه بأنه أدى إلى المدعي خمسين درهماً منها، وأنكر المدعي يصح هذا الدفع بشرط شهود المدعى عليه بذلك.

٩٧- المادة: ادعى عليه مالاً فدفع المدعى عليه بأن هذا المال مال قمار أو ثمن خمر وبرهن على ذلك قبل هذا الدفع.

٩٨- المادة: ادعى على رجل مقداراً من الدراهم فدفع المدعى عليه بأنه أداه له وأحضر شهوداً شهدوا بأداء ذلك المقدار، ولكنهم لا يعلمون بأي جهة كان إعطاء هذا المقدار صح الدفع على الرأي الراجح.

٩٩- المادة: ادعى على رجل داراً ورثها عن أبيه فدفع المدعى عليه بأن المورث أقر قبل وفاته أنها ملكي صح الدفع على الأصح.

١٠٠- المادة: ادعى على رجل أن أباه أوصى له بثلث ماله فدفع المدعى عليه بأن أباه رجع عن هذه الوصية أو عن كل وصية في حال حياته يقبل هذا الدفع على القول الصحيح، وقس على ذلك فلا حاجة إلى مزيد الإكثار.

الفصل السادس في الفرق بين المدعي والمدعى عليه

١٠١-المادة: المدعي من إذا ترك الدعوى لا يجبر عليها، ذكره القدوري، وهذا من التعاريف التي صرح بذلك في تكملة ابن عابدين، واختاره في الكنز والغرر والملتقى، ومنهم من قال: صاحب اليد مدعى عليه والخارج مدعي، وقال صاحب التحفة: المدعي من يلتمس إثبات ملك أو حق والمدعى عليه من ينفيه لكن معرفة الفرق بينهما يحتاج إلى فقه وذكاء إذ العبرة للمعاني دون الصور كالمودع إذا أدعى رد الوديعة أو هلاكها فإنه مدعي صورة ولكنه منكر معنى إذ بدعواه هذه ينكر الضمان عليه.

١٠٢-المادة: كان الفرق بين المدعي والمدعى عليه يتوقف على معرفة ذي اليد من الخارج فذو اليد هو من كان المدعى به في تصرفه بحيث ينتفع به والخارج خلافه، وليس المراد كونه في تصرفه حال المحاكمة خاصة بل سواء كان حال المحاكمة أو قبلها كمن أحدث يده على عقار في يد غيره لم يصر بهذا ذَا يد، كذا في دعوى القهستاني.

١٠٣-المادة: ثم كونه ذَا يد في المنقولات يثبت في العيان والمشاهدة أو الإقرار أو البينة كمن أنكر كون المنقول في يده فأحضر المدعي شاهدين شهدا أنه في يده منذ سنة مثلاً تسمع ويعتبر ذَا يد ، كذا في الهندية من التنازع.

١٠٤-المادة: وأما ثبوت اليد في العقار فلا تثبت بتصادق المتداعيين بل إما بالبينة أو علم القاضي، كما في الكنز.

١٠٥-المادة: وإذا أراد المدعي أن يقيم البينة بعد إقرار المدعى عليه باليد أنها له لا تقبل بينة المدعي بالملك ما لم يقم البينة أنها في يد المدعى عليه، كما في دعوى الخانية.

١٠٦- المادة: فَلَو لم يبرهن على يد المدعى عليه وبرهن على الملك وقضى به القاضي للمدعي لا ينفذ حكمه وإن أقر المدعى عليه بالملك، كما في جامع الفصولين.

الباب الثالث في الشهادة

الفصل الأول

١٠٧-المادة: لما كانت الحجج المثبتة منها ما هو حجة بالاتفاق كالشهادة والإقرار والنكول، ومنها ما اختلفوا في حجيتها كالحجج الخطية وعلم القاضي والقرينة القاطعة فجعلنا لكلٍ باباً علىحدة، وقدمنا الشهادة لأنها حجة متعدية.

١٠٨- المادة: الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة[١] يعني يقول أشهد بِالله باثبات حق أحد هو في ذمة الآخر في حضور الحاكم[٢] ومواجهة الخصمين. (المجلة)

حكم أداء الشهادة

١٠٩- المادة: أداء الشهادة في غير الحدود فرض عند الطلب بالإجماع وبالكتاب لقوله تعالى {ولا يأب الشهداء إذا دعوا} [البقرة-٢٨٢][٣] وقوله تعالى {ولا تكتموا

---

[١] ولا تعتبر بغير لفظ الشهادة كأعلم وأتيقن وأتحقق قال في الدر: لتضمنه معنى مشاهدة وقسم واخبار للحال فكأنه يقول أقسم بِالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به، وهذه المعاني مفقودة في غير هذا اللفظ فتعين. (شرح المجلة للأتاسي ج٥ص١٩٩)

[٢] أي في مجلس المحاكمة ولا تعتبر الشهادة في خارجه كما في المادة -١٦٨٧- من المجلة، ثم إن كان الحاكم منصوب من قبل الإمام وجب أن تكون الشهادة في المجلس الذي عينه له الإمام وفِي محل ولايته، وإن كان محكماً من المتداعيين فلا يتقيد حكمه في مجلس دون مجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه فوجب أن تكون الشهادة فيه كما في التكملة. (شرح المجلة للأتاسي ج٥ص٢٠٠)

[٣] في البحر: وذكر الإمام الرازي في أحكام القرآن أن قوله تعالى {ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا}]البقرة: ٢٨٢[عام في التحمل والأداء لكن في التحمل على المتعاقدين الحضور إليهما للإشهاد=

الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه} [البقرة-٢٨٣] وكل هذا يدل باهتمام الشارع بأداء الشهادة والتحذير عن كتمانها، وسبب فرضية الشهادة إحياء الحقوق إذ بدونها تتوى وتضع.

محل وجوب أداء الشهادة

١١٠-المادة: الحقوق التي يراد إثباتها ثلاثة أقسام -١- حق العبد -٢- حق الله تعالى الذي هو حد -٣- ما هو حق الله تعالى وليس بحد، فالشهادة على الأول يشترط لها سبق الدعوى بخلاف الآخرين، ويجب الشهادة في الأول إن خاف ضياع حقه بشرط الطلب[١] ويجب في الثالث بدون الطلب، وفِي الثاني لا يجب أصلاً[٢] كذا في الأصول القضائية.

=ولا يلزم الشاهدين الحضور إليهما وفي الأداء يلزمهما الحضور إلى القاضي لا أن القاضي يأتي إليهما ليؤديا ثم قال إن الشهادة فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط عن الباقين وتتعين إذا لم يكن إلا شاهدان سواء كانت للتحمل أو الأداء اهـ. (ج٧ص٥٧)

[١] اى طلب ذي حق هذا إن علم بشهادته، وإن لم يعلم بها وخاف الشاهد فوت حقه لزمه إعلام ذي حق بما عنده فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه، (ردالمحتار)

[٢] التفصيل: أن الشهادة إذا كانت متعلقة بحقوق الله تعالى، ففي ما سوى الحدود، كالطلاق والعتق وغيرها من أسباب الحرمات يلزمه الأداء حسبة لله تعالى عند الحاجة إلى الأداء من غير طلب من أحد من العباد، في درر الحكام: في حقوق الله كالطلقات الثلاثة، وبتعبير آخر في الحرمة المغلظة لا يشترط فيها طلب الشهادة ويجب على الشاهد من غير طلب وبلا دعوى أن يذهب إلى مجلس القاضي ويشهد في ظرف خمسة أيام حتى إنه إذا أخر الشهادة إلى بعد خمسة أيام من غير عذر وكان عالما بأن الزوجين يعاشران معاشرة الأزواج يكون فاسقا ولا تقبل شهادته، مثلا: إذا توفي أحد وترك زوجته وورثته=

نصاب الشهادة

١١١-المادة: نصاب الشهادة في الزناء أربعة رجال، وفِي القتل رجلان، وفِي حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان. (١)

=الآخرين ثم شهد الشهود في حضور القاضي أن المتوفى المذكور قد طلق زوجته ثلاثا وكانوا عالمين أن الزوجة المذكورة تعاشر زوجها معاشرة الأزواج وتركوا وأخروا الشهادة فلا تقبل شهادتهم؛ لأنهم أصبحوا فاسقين بسبب تأخيرهم الشهادة والحال أنه يجب أن يكون الشاهد عادلا، أما إذا كان تأخير الشهادة لعذر فتقبل الشهادة. (ج ٤ ص٣٤٣)

وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر فالستر أمر مندوب إليه؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة، ولأنه مأمور بدرء الحد. وصرح الفقهاء بأن الأولى الستر إلا إذا كان الجاني متهتكا.

(١) في المحيط البرهاني: الحوادث أقسام ثلاثة، في قسم منها يشترط الأربعة، وهو: الزنا الموجب للحد، عرف ذلك بقوله تعالى: {فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} (النساء: ١٥) ولا يشترط ذلك في غيره، وفي قسم منها يشترط رجلين، وهو العقوبات التي تندرأ بالشبهات، نحو القصاص وسائر الحدود ما خلا حد الزنا، حتى لا تثبت هذه الأشياء بشهادة رجل وامرأتين، وفي قسم منها يكتفى بشهادة رجل وامرأتين، وهو المال وما كان من توابع المال؛ لأن الله تعالى قال في آية المداينة {واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} (البقرة: ٢٨٢) وإذا ثبت هذا الحكم في المال ثبت فيما هو تبع المال ضرورة، والحقوق المجردة كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة من هذا القسم، حتى يكتفى فيه بشهادة رجل وامرأتين، وكذلك ما يتوقف عليه كمال العقوبة، وهو الإحصان من هذا القسم، حتى يثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا؛ لأن الإحصان عبارة عن خصال حميدة، بعضها مأمور به وبعضها مندوب إليه، فيثبت بشهادة النساء مع الرجال كسائر الحقوق، انتهى. (ج٨ص٣٠٨)

الفصل الثاني في كيفية أداء الشهادة

وتقبل شهادة النساء فقط في المحال التي لا يطلع عليها الرجال. [1]

١١٢-المادة: لا تعتبر الشهادة التي تقع في الخارج عن المحاكمة.

---

[1] في المحيط البرهاني: وفيما لا يطلع عليه الرجال جعلنا شهادتهن حجة على الانفراد بالنص، وقد روى مجاهد، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعطاء بن أبي رباح رضي الله عنهم: أن النبي صلى الله عليه وسلم »أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال النظر إليه« ، أي: فيما لا يحل للرجال النظر إليه، والمعنى فيه: أنه لو لم تجز شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال أدى إلى إبطال حقوق تعلقت بهذه الأسباب، والعدد ليس بشرط عندنا في هذا الباب، وإن كانت امرأتان أو ثلاث فذلك أحب، وهل يشترط لفظة الشهادة؟ قال مشايخ بلخ، ومشايخ بخارى: يشترط، وقال مشايخ عراق: لا يشترط، وأجمعوا على أنه يشترط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام إن قامت على مسلم، وكذلك يشترط العدالة، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإنما لم يشترط العدد عندنا لما روينا من حديث مجاهد وسعيد بن المسيب، لأن النساء اسم جنس واسم الجنس يتناول الأدنى مع احتمال الكل ، وفي حديث حذيفة رضي الله عنه: أن النبي عليه السلام »أجاز شهادة القابلة على الولادة«، والمعنى في ذلك: أنه إنما سقط اعتبار الذكورة في هذا الباب مع أن نظر الرجال إلى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع؛ لأن نظر الجنس أخف، فإذا أمكن تحصيل المقصود بالأخف وهو شهادة النساء سقط اعتبار الأغلظ، ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية والعدالة؛ لأن نظر المملوك وغير العدل ليس أخف من نظر الحر والعدل، وهذا المعنى يقتضي سقوط اعتبار العدد؛ لأن نظر الفرد أخف من نظر العدد، وكذا لم يسقط اعتبار الإسلام؛ لأن نظر الكافر ليس أخف من نظر المسلم. (ج٨ ص٣٠٩)

١١٣- المادة: يلزم أن يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به وأن يشهدوا بذلك الوجه. (المجلة) [(١)]

١١٤- المادة: الأمور التي يتعذر على كثير من الناس مشاهدتها ويبقى أحكامها ممر الدهور يجوز الشهادة بها بالتسامع وهي النسب والنكاح والدخول بالزوجة وولاية القاضي والموت وأصل الوقف بشرط أن تشهر لدي الشاهد شهرة حقيقة كالتواتر أو حكمية تكون بشهادة عدلين أو عدل وعدلتين بلفظ أشهد بِالله. (الأصول القضائية)

١١٥- المادة: إذا لم يقل الشاهد لفظ أشهد لكن لو سأله الحاكم بقوله أتشهد هكذا وأجاب بقوله نعم هكذا أشهد يكون قد أداها. (المجلة) [(٢)]

[(١)] المجلة المادة –٢٦٨٨– هذا في غير ما تجوز فيه الشهادة بالسماع كما يأتي في المادة الأتية، والمراد من المعاينة أعم من أن تكون بالسمع أو البصر، فيشمل المرئيات كالبيع بالتعاطي والإقرار بالكتابة والإجارة بالتعاطي وحكم القاضي الفعلي والقتل، والمسموعات كالبيع بالإيجاب والقبول وكحكم القاضي القولي والنكاح والوقف، والمعاينة على وجهين:

الأول: يكون بمعاينة السبب الموضوع للملكية كرؤية أحد آخر يشتري مالا أو يتهبه ويقبضه ثم يشهد بعد ذلك أن ذلك المال ملكه.

والثاني: يكون بمعاينة وضع اليد الذي هو دليل الملك بأن يرى أحداً يتصرف في المال الذي تحت يده بدون أيّ منازعة ومعارضة من أحد فللواقف على هذه الأحوال والمطمئن على أن المال المذكور هو ملك لذي اليد أن يشهد أن ذلك المال هو ملك لذلك الشخص وتحل له هذه الشهادة. (درر الحكام ج٤ص٣٣٨)

[(٢)] المجلة المادة –١٦٨٩– يعني إذا لم يقل الشاهد لفظ أشهد بل قال أعرف مثلا فيحسن بالقاضي عند أبي يوسف أن يسأل الشاهد قائلا: هل تشهد هكذا؟ فإذا سأله على هذا الوجه وأجابه الشاهد:=

١١٦- المادة: تكفي إشارة الشاهد إلى كل من المشهود والمشهود عليه إذا كانا حاضرين ولا يلزم ذكر اسم أب المشهود له والمشهود عليه ولا جدهما، وأما في الشهادة المتعلقة بالموكل والميت فيلزم على الشاهد ذكر أبهما وجدهما إلا إذا كان كل منهما مشهوراً فيكفي ذكر اسمه لان المقصد الأصلي تعريفه بوجه يتميز عن غيره. (من المحل المذبور) (١)

١١٧- المادة: يلزم في الشهادة بالعقار ذكر حدوده ولكن إذا لم يذكر حدود المشهود به وتعهد بارائته وتعينه في محله يذهب إلى محله ويأمر بتعينه. (٢)

=نعم أشهد هكذا فيكون الشاهد قد أدى الشهادة حيث إن الشاهد يضطرب بعضا من مهابة مجلس القاضي فبدلا من أن يقول: أشهد بكذا، يقول: أعرف كذا، فتلقين الشاهد في غير موضع التهمة فيه إحياء للحق. أما في موضع التهمة فليس للقاضي تلقين الشاهد باتفاق، كذا في درر الحكام.

(١) المجلة المادة –١٦٩٠– مثال الشهادة على الحاضرين أن يشهد الشاهد قائلا: إن هذا المال هو ملك هذا المدعي وإن هذا المدعى عليه وضع اليد عليه بغير حق وأشهد على ذلك، ومثال الشهادة المتعلقة بالموكل إذا ادعى زيد على عمرو قائلا: إن لبكر في ذمتك ألف درهم من جهة القرض وإنني وكيل عن بكر في مخاصمتك وفي قبض المبلغ المذكور منك، وأنكر عمرو الوكالة فالشهود الذين يقيمهم المدعي للإثبات يجب عليهم أن يذكروا اسم أب وجد بكر، ومثال الشهادة المتعلقة بالميت أنه لو ادعى بدين من تركة وادعى المدعى عليه بأنه قد أدى دينه للمتوفى وأقام شهودا على ذلك فيجب على الشهود أن يذكروا اسم أب وجد المتوفى، كذا في درر الحكام.

(٢) المجلة المادة –١٦٩١– يعني يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده الثلاثة أو الأربعة، إذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وبين بأنه سيريها ويعينها في محله يذهب إلى محله ويكلف بتعيينها وإراءتها، في درر الحكام: وفي ذلك وجهان: الوجه الأول أن يذهب القاضي أو نائبه إذا كان القاضي مأذونا=

١١٨-المادة: إذا أدعى المدعي بالاستناد على الحدود التي هي في السند وشهدت الشهود بأن العقار المحررة حدوده في هذا السند ملك المدعي تصح شهادتهم. (المجلة)[1]

١١٩- المادة: إذا أدعى أحد بأن لمورثه في ذمة فلان كذا دراهم طلب وشهدت الشهود بأن للميت في ذمة المدعى عليه طلبا مقدار الذي أدعى يكفي ولا يحتاج إلى التصريح بقولهم وصار الطلب المذكور موروثاً للورثة، وإذا أدعى عيناً فالحكم بهذا الوجه أيضاً. [2]

=بنصب نائب إلى المحل الموجود فيه العقار وسمع الشهادات هناك، والوجه الثاني – أن يستمع القاضي الشهود وأن يستشهدهم في حضوره وبعد ذلك يرسل الشهود المذكورين إلى محل العقار المذكور مع رجلين عدلين والشهود بحضور العدلين والطرفين المتخاصمين يشيرون إلى الحدود قائلين: إن هذا العقار هو العقار الذي شهدنا به للمدعي، وحدوده هي هذه. والعدلان يتفهمان أسماء جيران العقار ويشهدان في حضور القاضي على أسماء أصحاب الحدود، آه.

[1] المجلة المادة –١٦٩٢– لأنه قد أشير في هذه الشهادة إلى معلوم، وحكم هذه المادة جار في الدين أيضا. فعليه إذا ادعى المدعي أن المبلغ المحرر في هذا السند هو حق لي في ذمة المدعى عليه، وشهد الشهود بأن المبلغ المحرر في هذا السند هو حق للمدعي في ذمة المدعى عليه تقبل شهادتهم؛ لأنه قد أشير في هذه الشهادة إلى المعلوم، كذا في درر الحكام.

[2] المجلة المادة –١٦٩٣– والمقصود في هذه المادة أنه لا يشترط في صحة الشهادة على الإرث الجر الصريح والجر الحكمي، والجر الصريح أن يشهد الشهود أن المال أصبح موروثا للورثة، والجر الحكمي أن يشهدوا بأن المال كان ملكا للمورث حين وفاته أو كان في يده أو كان في يد نائب المورث.

١٢٠- المادة: إذا أدعى أحد من التركة مالاً مقداره كذا وشهدت الشهود بأن للمدعي في ذمة الميت ما أدعى، أو أدعى بأنه كان في يد الميت عين وشهدوا كما مر يكفي ذلك ولا حاجة إلى التصريح بكون المدعى به باقياً في ذمته إلى مماته، وكذا إذا أدعى على رجل وشهدت الشهود بأن المدعى عليه مديوناً للمدعي بما أدعى يكفي[1] ولكن إذا سأل الخصم عن بقاء الدين إلى وقت الادعاء وقالت الشهود لا ندري ترد شهادتهم. [2]

---

[1] المجلة المادة -١٦٩٤- يعني لا حاجة للجر في الشهادة بالدين على الميت حيث لا يمكن وجود شهود يشهدون على الجر فشرط الجر في الشهادة يستوجب ضياع حقوق الناس، والجر يكون بقول الشهود: إن المدين توفي وهو مدين أو توفي والدين في ذمته.

[2] المجلة المادة -١٦٩٥- ويسأل الشاهد هذا السؤال إذا أورده الخصم ولا يحل للقاضي أن يسأل الشاهد الذي يشهد على الدين أو الملك في الماضي بقوله له: هل تعلم بأن الدين مطلوبه في الحال أو أن الملك ملكه في الحال؛ لأنه إذا قال الشاهد: لا أعلم فيكون ذلك باعثا لضياع الحقوق، كذا في درر الحكام.

الفصل الثالث في بيان شروط الشهادة الآتية

الشرط الأول والثاني

١٢١-المادة: يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس.

١٢٢- المادة: لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس مثلاً إذا أقيمت على موت من حياته مشاهدة أو على خراب دار عمارتها مشاهدة فلا تقبل، وقس على ذلك.

الشرط الثالث والرابع

١٢٣-المادة: لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المتواتر. [١]

١٢٤-المادة: إنما جعلت البينة مشروعة لإظهار الحق فلا تقبل بالنفي الصرف مثلاً فلان ما فعل هذا الأمر أو هذا الشيء ليس لفلان أو فلان ليس بمديون لفلان، لكن بينة النفي المتواتر مقبولة مثلاً لو أدعى أحد بأني أقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا من الدراهم، وأثبت المدعى عليه بالتواتر أنه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل في محل آخر لا تسمع دعوى المدعي. [٢]

---

[١] لأن الدعوى خلاف المتواتر باطلة لكونها دعوى المحال فعليه لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المتواتر، لأن التواتر يفيد علم اليقين فالبينة التي تقام على خلافه تستوجب رد الشيء الثابت بالضرورة واليقين وبما أن الضروريات اليقينيات لا ترد ولا تقبل الشك فتكون هذه البينة كذبا محضا كالبينة التي تقام على خلاف المحسوس.

[٢] المجلة المادة -١٦٩٩- يعني الشرط أن تكون مثبتة لأن وضع الشهادة هو لإثبات خلاف الظاهر كما في القاعدة -٧٦- والنفي والعدم لم يكن خلاف الظاهر بل هو الظاهر والأصل،=

الشرط الخامس

١٢٥-المادة: يشترط أن لا يكون في الشهادة داعية دفع المضرة أو جلب المنفعة وعلى هذا لا تقبل شهادة الأصل للفرع وبالعكس وإن علا الأصل أو سفل الفرع، وكذا شهادة أحد الزوجين للآخر وأحد الشريكين لآخر فيما هو شركتهما، وكذا شهادة الخادم المتعيش بنفقة مولاه له، والأجير الخاص لمستأجره ، والصديق لصديقه إذا كان بحيث يتصرف أحدهما في مال الآخر وإلا فلا[١] ولا تقبل شهادة الأخرس والأعمى. [٢]

=ويستثنى من هذا الشرط مسألتان، الأولى: ما ذكرت في المادة، والثانية: تقبل البينة المقامة على شرط منفي، مثلا إذا حلف أحد قائلا: إذا لم أدخل داري هذا اليوم تكون زوجتي طالقا، وأقامت الزوجة البينة على عدم دخول زوجها الدار ذلك اليوم تقبل لأن المقصود الأصلي إثبات الجزاء وهو ليس بنفي بل إثبات وإظهار، كذا في درر الحكام.

[١] المجلة المادة –١٧٠٠–و– ١٧٠١– وإنما لا تقبل شهادة هؤلاء لهؤلاء للتهمة لأن بينهم اتصال المنافع، وأما شهادة هؤلاء على هؤلاء فتقبل لعدم هذه التهمة.

[٢] المجلة المادة –١٦٨٦– اعلم أن الشهادة ترد من أجل التهمة، وسبب التهمة إما أن يكون المعنى الموجود في الشاهد كعماه وفسقه فإذا كان الشاهد فاسقا فلا يبالي بالكذب، وإذا كان أعمى لا يطلع على الواقعة تماما فيخطئ في شهادته، وكذا خرسه لأن في إشارة الأخرس خفاء فيخطئ الآخذ منها.

وإما أن يكون المعنى الموجود في المشهود له وهو أن يكون بين الشاهد والمشهود له وصلة خاصة كقرابة الولادة والزوجية إذ يكون الشاهد في هذه الحال متهما بالكذب مراعاة للمشهود له وتأمينا لمنافعه.

الشرط السادس

١٢٦-المادة: ليس لأحد أن يكون شاهداً ومدعياً وعلى هذا لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل للموكل. (١)

الشرط السابع

١٢٧- المادة: ولا يعتبر شهادة الرجل على فعل نفسه فعلى هذا لا تصح شهادة الوكلاء والدلالين والصكاكين، وكذلك شهادة شخص بفعل أو عقد صدر منه إذا صرحوا أمام القاضي وإذا لم يصرحوا قبلت شهادتهم كما لو شهد الوكيل بالنكاح إنها امرأته ولَم يزد على ذلك بفعل، وكذلك شهادة حاكم من بلدة على الحكم الصادر منه قبل العَزْلِ، وأما إذا شهد على إقرار من أقر في حضوره قبل العَزْلِ فتعتبر شهادته. (المجلة والأصول القضائية) (٢)

الشرط الثامن

١٢٨-المادة: يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية، وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف. (٣)

---

(١) المجلة المادة –١٧٠٣– لأن هذه الشهادة شهادة لنفسه ولا تقبل شهادة أحد لنفسه.

(٢) المجلة المادة –١٧٠٤– وأما القاسم للأموال بين الشركاء بأجر أو بلا أجر إذا شهد قائلا: إنني قسمت هذه الشركة بين الورثة وقد أصاب هذا المال حصة المدعي فتقبل شهادته لأن الملك لا يثبت بقسمته ما لم يتراضوا على ذلك أو يستعملوا القرعة.

(٣) المجلة المادة –١٧٠٢– أي لا يجوز شهادة العدو على عدوه؛ لأن المعاداة من أجل الدنيا محرمة ومنافية لعدالة الشاهد والذي يرتكب ذلك لا يؤمن منه بأن لا يشهد في حق المشهود عليه=

الشرط التاسع

١٢٩- المادة: ويشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف بينهما[١]وكذا بينهما وبين الدعوى وإلا فلا تقبل. (المجلة) [٢]

=كذبا وخلافا للواقع، ولأن عداوة الشاهد باعثة على إضرار عدوه المشهود عليه فيكون متهما في الشهادة عليه، أما شهادة العدو لعدوه فمقبولة عند بعض الفقهاء؛ لأنه ليس في هذه الشهادة تهمة، وعند بعضهم العداوة فسق وهي لا تتجزأ، فكما أنه لا يجوز شهادة العدو على عدوه بسبب الفسق فلا يجوز شهادته له أيضا وترد شهادة هذا العدو في حق جميع الناس، وقد قبل الزيلعي والخيرية القول الأول. ويفهم من قول المجلة بين الشاهد والمشهود عليه أنها اختارت هذا القول.

والعداوة الدنيوية هي العداوة التي تنشأ عن أمور كالمال والجاه وتعرف بالعرف، فلذلك لا تقبل شهادة المجروح على الجارح وورثة المقتول على القاتل والمقذوف على القاذف والمشتوم على الشاتم، مثلا لو كان لمسلم عداوة مع ذمي فلا تقبل شهادة ذلك المسلم على ذلك الذمي، أما العداوة الدينية فلا تمنع قبول الشهادة. مثلا لو تجاوز أحد الحد بارتكاب المناهي والمعاصي وصار أحد عدوا له للسبب المذكور فتقبل شهادة ذلك العدو، إلا أنه إذا كانت العداوة الدينية قد سببت إفراط الأذى على الفاسق ومرتكب المعاصي ففي هذه الحالة تمنع العداوة الدينية أيضا قبول الشهادة. (درر الحكام ج٤ص٤٠٢)

[١] المجلة المادة -١٧١٢- يعني . يشترط في قبول الشهادة تطابق شهادة الشهود في المشهود به؛ لأنه إذا لم تتفق شهادة الشهود في المشهود به فلا يكمل نصاب الشهادة وينفرد كل شاهد بنوع من الإخبار بالمشهود به والحال أنه لا يحكم بشهادة الشاهد الواحد.

[٢] المجلة المادة- ١٧٠٦- يعني لا بد من الموافقة معنى بين الشهادة والدعوى سواء كانت الموافقة بالمطابقة كما إذا أدعى المدعي بألف وشهدت الشهود أيضاً بألف أو كانت الموافقة بالتضمن كما إذا=

الشرط العاشر

١٣٠-المادة: يشترط أن يكون الشاهد عادلاً، والعادل من تكون حسناته غالبة على سيئاته. (المجلة) [(١)]

١٣١-المادة: ويبني على اشتراط العدالة عدم قبول شهادة الكافر، والمرتد، ومدمن الخمر، والمخنث، والمعروف بالكذب، والمغني بالأجرة، والمغنية، ومعتاد الشتم ولو لدابة، ومانع الزكوة، وتارك الجماعة والجمعة بلا عذر، والمسخرة، والوكلاء المفتعلة على أبواب الحكام لشدماتهم، وشديد البخل، ومن يجلس مجالس الفجور، أو يرتكب ما

=ادعى المدعي بألف درهم وشهدت الشهود بخمسمائة تقبل شهادتهم بحق الخمسمائة، وأما إذا كان المشهود به أكثر من المدعى به فلا تقبل الشهادة لعدم الموافقة بوجه من الوجوه.

[(١)] المجلة المادة -١٧٠٥- لأنه قد ورد في الآية الجليلة {وأشهدوا ذوي عدل منكم} [الطلاق: ٢] ولأنه لما كانت الشهادة خبرا محتمل الصدق والكذب، والحجة هي خبر صادق فيترجح بعدالة الشهود طرف الصدق، ولأنه لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمته فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمته، والعادل من تكون حسناته غالبة على سيئاته، وهو المتوقي كبائر الذنوب والغير المصر على صغائرها وكان صلاحه أكثر من فساده وصوابه أوفر من خطئه، ولم يشترط أن لا يكون له سيئات مطلقا؛ لأنه لا يوجد في البشر معصوم غير الأنبياء فإذا شرطت العصمة في الشهادة يوجب سد بابها،كذا في درر الحكام شرح مجلة الاحكام، وفِي الدرر شرح الغرر: العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة لأن الفاسق أهل للولاية والقضاء والسلطنة والإمامة والشهادة عندنا وعن أبي يوسف إن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة يقبل شهادته والأصح أن شهادته لا تقبل إلا أن القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا كذا في الكافي. (ج٢ص٣٧٢)

يوجب الحد، أو يكشف عورته عند الناس، وآكل الربا، ومن يظهر سب السلف بل والخلف، كذا في الدرر وحواشيه.

١٣٢-المادة: فإذا فقد في الشاهد العدالة لم يجز للقاضي أن يقبلها لكن إذا قبلها وحكم بها نفذ حكمه، ولا ينقض وأثم لقبوله شهادة الفاسق. (الأصول القضائية) [١]

١٣٣-المادة: أكل الشاهد من طعام المشهود له وأخذ أجرة الكراء منه، وإذا أكل الشاهد من طعام المشهود له فعَنْ محمد رحمه الله تعالى لا تقبل وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى تقبل شهادته للعادة الجارية، وبقول أبي يوسف يفتى[٢] كما في الأصول القضائية، وأما إذا كان مكان الشاهد بعيداً عن محكمة القضاء هل يجوز أجرة الكراء من المشهود له لم أجده لكن صاحب الأصول القضائية يميل إلى الجواز وهو الأنسب قياساً على الطعام وتخليصاً للشاهد بتحمل الغرامات لو شهد وإن امتنع من الشهادة يتضرر المشهود له بإضاعة حقه. [٣]

---

[١] كذا في فتح القدير ج٧ص٣٧٦) كتاب القضاء.

[٢] في فتح القدير: ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا إن كان مهيأ قبل ذلك تقبل، وإن صنعه لأجلهم لا تقبل، وعن محمد لا تقبل فيهما. وعن أبي يوسف رحمه الله: تقبل فيهما، وهو الأوجه للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهدا أو لا. (ج٧ص٣٦٦)

[٣] في البحر: وفي القنية الشهود في الرستاق واحتيج إلى أداء شهادتهم هل يلزمهم كراء الدابة قال لا رواية فيه ولكني سمعت من المشايخ أنه يلزمهم اهـ. (ج٧ص٥٨)

الاختلاف بين الشهادة والدعوى

١٣٤- المادة: الشهادة إما أن تكون بحق من حقوق الله تعالى أو بحق من حقوق العباد فالأولى: لا تشترط لصحتها موافقتها للدعوى لأن الدعوى نفسها ليست شرطاً لقبولها فوجودها وعدمها سواء، والثانية: واجب لصحتها موافقتها للدعوى وهي أن يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعلاً وانفعالاً ووصفاً وملكاً ونسبةً، فَلَو أدعى عشرة دنانير وشهدا بعشرة دراهم أو أدعى بعشرة دنانير وشهدا بثلاثين منها أو أدعى سرقة ثوب أبيض وشهدا بأحمر أو أدعى عليه أنه قتل وليه يوم النحر وشهدا بيوم الفطر أو أدعى أنه قتله بالكوفة وشهدا بالبصرة أو أدعى عليه أنه شق زقه وأكب ما فيه وشهدا بانشقاقه عنده(١) أو أدعى عقاراً بالجانب الغربي من ملك فلان وشهدا بالشرقي منه أو أدعى أنه ملكه وشهدا أنه ملك ولده أو أدعى أنه عبده ولدته جاريته فلانة وشهدا بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى في جميع هذه الصور فلا تعتبر. (٢)

١٣٥- المادة: والتوافق الضروري بين الدعوى والشهادة هو الموافقة في المعنى اتحدت الألفاظ أو اختلفت فَلَو أدعى زواجاً وشهدا بنكاح أو أدعى هبة وشهدا بعطية قبلت.

١٣٦-المادة: ثم الاختلاف إنما يضر إذا شهدت الشهود بأكثر من المدعى به، وإن كان بأقل فلا فَلَو أدعى بألف وشهدا بألف وخمس مائة ولَم يوافق بين كلامه وكلام الشهود فلا تقبل، ولو أدعى مائة دينار وشهدا بخمسين تقبل بحق خمسين.

---

(١) لأن الشق فعل والانشقاق انفعال.

(٢) تفصيل هذه المادة مذكور في درر الحكام شرح مجلة الاحكام في توضيح المادة –١٧٠٦).

١٣٧- المادة: الملك المطلق أزيد من الملك بسبب[1] كالشراء والإرث والهبة من معلوم، والنتاج أزيد من الملك المطلق لأنه يدل على الأولوية على سبيل الجزم، والشراء والإرث والهبة من مجهول مثل الملك المطلق فَلَو أدعى الإنتاج وشهدا بالملك المطلق أو أدعى الملك المطلق وشهدا بملك بسبب الشراء أو الهبة تقبل، وبالعكس لا، هذا إذا كانت الدعوى في العين، وإن كانت في الدين تقبل سواء كانت الدين المطلق والشهادة بدين بسبب أو بالعكس لأن الديون لا تحتمل الزيادة بخلاف الأعيان في الجملة فافترقا.

---

[1] لأنه إذا ثبت الملك المطلق بالشهادة يثبت وقوعه عن أصل ويلزم أن يكون المدعي مالكا لزوائد ذلك الملك كلزوم كون المدعي مالكا ثمر الكرم الذي حصل قبلا مثلا، ولكن إذا ثبت البيع المقيد لا يثبت إلا اعتبارا من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء ولهذا يكون الملك المطلق بالنسبة إلى الملك المقيد أكثر؛ لأن المدعي لا يملك زوائد الملك المقيد الحاصلة قبل الشراء، والمطلق أقل من النتاج لأن المطلق يفيد وقوعه عن أصل على الاحتمال والنتاج على اليقين، فإذا ادعى المدعي الشراء عن بائع معلوم بأن قال: قد اشتريته من فلان بن فلان المعروف وشهدت الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم، وكذا الإرث والهبة، وإن أدعى الشراء عن مجهول وشهدت الشهود على الملك المطلق تقبل شهادتهم، وأما إذا كان المدعى به ليس بعين بل كان دينا فلا فرق بين مطلقه ومقيده فتقبل الشهادة على المطلق. مثلا إذا ادعى المدعي قائلا: إن لي في ذمة المدعى عليه ألف درهم من جهة القرض وشهدت الشهود أن المدعى عليه مدين للمدعي بألف درهم تقبل الشهادة حيث إن الدين لا تحتمل فيه الزوائد فلا تعد الشهادة الواقعة شهادة بالأكثر، كذا في درر الحكام شرح مجلة الأحكام.

١٣٨-المادة: وإن قال المدعي لا شهود لي على المدعى به أو قال ليس لي شهود سوى فلان وفلان ثم أحضر بينة أو أحضر غيرهما لا تقبل في الصورتين[1]لأنه مكذب لشهوده، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى تقبل لاحتمال النسيان أولا ثم تذكر ثانياً، والفقهاء رجحوا قول محمد رحمه الله تعالى.

---

[1] المجلة المادة –١٧٥٣– في تكملة ردالمحتار : وفي المحيط: إذا قال ليس لي بينة على هذا ثم أقام البينة عليه لا تقبل عند أبي حنيفة لانه كذب بينته، وتقبل عند محمد، لانه يحتمل أنه كان له بينة ونسيها انتهى، فقد ذكر خلافا في المسألة لكنه لم يتعرض لليمين، ورجح في السراجية قول محمد، وفي الدرر قال لا بينة لي ثم برهن أولا شهادة ثم شهد، فيه روايتان: في رواية لا تقبل لظاهر التناقض، وفي رواية تقبل، والاصح القبول،آه.

الفصل الرابع في الاختلاف بين الشهادتين[1]

١٣٩- المادة: المشهود به إما أن يكون قولاً محضاً كالبيع والإقرار والإبراء أو قولاً ملحقاً بالفعل كالنكاح لأنه وإن كان عبارة عن الإيجاب والقبول وهما قولان إلاّ أنه يشترط فيه حضور الشاهدين وهو فعل فألحق بالفعل أو يكون فعلاً محضاً كالجناية والغصب أو يكون فعلاً ملحقاً بالقول كالقرض لأنه لا يتم إلاّ بالتسليم وهو فعل لكنه محمول على قول المقرض أقرضتك وهو قول فصار كالقول، والاختلاف فيها إما أن يكون في الإنشاء والإقرار بان شهد أحدهما أنه أنشأ البيع وقال الآخر إنه أقر أنه باع، أو في الزمان بأن شهد أحدهما أنه منذ شهر والآخر أنه باع من شهرين، أو في المكان بأن شهد أحدهما أنه باع في الكوفة والآخر أنه باع في البصرة فهذه الاختلافات في القول المحض كالأقارير، أو في الفعل الملحق بالقول لا تضر في صحة الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر ومما يستوي فيه لفظ الإنشاء والإقرار لأن المنشئ ما يقول إلا بعت والمقر يقول أيضاً بعت

---

[1] يشترط في قبول الشهادة تطابق شهادة الشهود في المشهود به؛ لأنه إذا لم تتفق شهادة الشهود في المشهود به فلا يكمل نصاب الشهادة وينفرد كل شاهد بنوع من الإخبار بالمشهود به والحال أنه لا يحكم بشهادة الشاهد الواحد، تفصيل التطابق: إن التطابق عند الإمام يكون بتطابق لفظ كل من الشهادتين في المعنى الواحد ولا يكفي التطابق بالدلالة، وأما عند الإمامين فيكفي الدلالة بالتضمن. مثلا لو ادعى المدعي ألفين ومائة درهم وشهد أحد الشاهدين بألفين ومائة درهم وشهد الشاهد الآخر بألف ومائة درهم فتقبل شهادتهما عند الإمامين بحق الألف ومائة درهم؛ لأن الشهود متفقون في الأقل ونصاب الشهادة حاصل، وإن الزيلعي قد عد قول الإمام الأعظم هو الراجح وقد أفتى شيخ الإسلام بقول الإمام إلا أن صدر الشريعة قال: إن قول الإمامين أظهر، ولا يوجد في المجلة صراحة تدل على ترجيح أحد هذين المذهبين. (درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج٤ص٤٢٢-٤٢٤)

فتقبل شهادتهما، وإن كانت الاختلافات المذكورة في الأخريين أعني ما هو فعل محض كالغصب والقتل والسرقة وشرب الخمر وما أشبه ذلك أو في قول ملحق بالفعل كالنكاح لم تقبل الشهادة لأن الفعل في زمان أو مكان غيره في زمان ومكان آخر فَلَو شهد أحدهما بغصب والأخر بالإقرار به أو شهد أحدهما بغصب في الكوفة والآخر بغصب في البصرة لا تقبل.

١٤٠- المادة: وأما الاختلاف بين الشاهدين في آلة الفعل فإنه يضر إذا كانت الشهادة بالفعل مثلاً شهد أحدهما أنه قتله بسكين وشهد الآخر أنه قتله بسيف لم تقبل لأن باختلاف الآلة يختلف الفعل، وإن شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا بسيف وشهد الآخر بأنه أقر بقتله بسكين تقبل ويقتص عنه لأن القتل وإن كان لا يتكرر إلا أن الإقرار به يتكرر. (الأصول القضائية)

١٤١- المادة: الأصل أن الشهادة على النفي لا تقبل[1] لأن الشهادة تنبئ عن المشاهدة المترتب عليها العلم بالمشهود به إلا أنها تقبل في صور مخصوصة، الأولى: إذا كان النفي معلوماً بالتواتر مثلاً إن فلاناً لم يكن في هذه البلد وقت كذا أو ان زيداً لم يقتل عمراً بالأمس، والثانية: أن يكون النفي معلوماً بالظن الغالب كالشهادة على التفليس بأنه ليس له مال، والشهادة على حصر الورثة وانه ليس له وارث غيره، والثالثة: النفي إذا وقع في الشرط فيجوز اثباته بالبينة كقول الرجل إن لم أدخل الدار اليوم فهي طالق أو فهو حر

[1] أصله أن الإشهاد شرع للإثبات لا للنفي، واليمين للنفي، لأن الشهادة على النفي لا تتصور، حيث يجب أن يكون الشاهد مصاحبا للمراد نفي الحكم عنه دون أن يغيب عنه طرفة عين وهذا مستحيل.

فشهدا على نفي الدخول تقبل (معين الحكام) [١] وبالجملة النفي إذا كان متواتراً أو متضمناً للإثبات كما أن الدخول في الدار مثبت للطلاق أو يكون النفي في ضمن إثبات كنفي سائر الورثة في ضمن إثبات توريثه يجوز إقامة البينة عليها وإلا فلا.

---

[١] عبارة معين الحكام هكذا: قال القرافي: اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة، وفيه تفصيل، فإن النفي قد يكون معلوما بالضرورة، أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص، وقد يعرى عنهما، فهذه ثلاثة أقسام، القسم الأول: تجوز الشهادة به اتفاقا، كما لو شهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه فرس ونحوه، فإنه يقطع بذلك، وكذلك يجوز أن يشهد أن زيدا لم يقتل عمرا بالأمس؛ لأنه كان عنده في البيت لم يفارقه، وأنه لم يسافر لأنه رآه في البلد، فهذه شهادة صحيحة بالنفي، الثاني: تجوز الشهادة به: أعني بالنفي مستندا إلى الظن الغالب، وذلك في صور منها التفليس، فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب؛ لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس وهو يكتمه، ومنها الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس له وارث غير هذا، فمستند الشاهد الظن، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه فهي شهادة على النفي مقبولة، الثالث: ما عرى عنهما، مثل أن يشهد أن زيدا لم يوف الدين الذي عليه أو ما باع سلعته ونحو ذلك، فهذا نفي غير منضبط، وإنما تجوز الشهادة على النفي المنضبط قطعا أو ظنا، انتهى. (الباب التاسع عشر القضاء بشهادة النفي من القسم الثاني في انواع البينات)

الفصل الخامس في الحكم بشهادة غير العدول للضرورة

١٤٢-المادة: قال القرافي في باب السياسة: نص بعض العلماء على أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم ويلزم ذلك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح وما أظن أحداً يخالف في هذا فإن التكليف بشرط الإمكان، وهذا كله للضرورة لئلا تهدر الأموال وتضيع الحقوق، وقال بعضهم: وإذا كان الناس فساقاً إلا القليل النادر قبلت شهادة بعضهم على بعض ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل من الفساق، هذا هو الصواب الذي عليه العمل، قال ابن القيم: والصواب المقطوع به أن العدالة تتبعض فيكون الرجل عدلاً في شيء وفاسقاً في شيء آخر فإذا تبين للحاكم أنه فيما يشهد به عدل قبلت شهادته ولَم يضره فسقه[١] وأصل هذا ما وقع في المحيط والقنية إذا كان الرجل يشرب سراً وهو ذو مروءة فللقاضي أن يقبل شهادته. (معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي الحنفي) [٢]

---

[١] لأن الله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق فلا يجوز رده مطلقا بل يتثبت فيه حتى يتبين صدقه من كذبه فيعمل على ما تبين وفسقه عليه، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استأجر هاديا يدله على طريق المدينة وهو مشرك على دين قومه، ولكن لما وثق بقوله أمنه ودفع إليه راحلته وقبل دلالته.

[٢] معين الحكام الباب الثاني والعشرون القضاء بشهادة غير العدول للضرورة من القسم الثاني في أنواع البينات.

الباب الرابع في تعارض البينات

الفصل الأول

١٤٣-المادة: البينتان إذا قامتا فإما أن تساويتا في القبول أو تساويتا في السقوط أو ترجحت احداهما على الأخرى(١)، مثال التساوى في القبول كما في الكنز: برهنا على ما

(١) خلاصة هذا الفصل أنه إذا أقام كل من طرفي الدعوى بينة مقبولة فإن أمكن العمل بهما فعلى القاضي أن يحكم بموجبهما كما في المثال المذكور في كلام المصنف، وإن لم يمكن العمل بهما فالعمل بالبينة الراجحة، والترجيح يكون بأمور أحدها التواتر بأن تكون بينة أحدهما متواترة فتترجح على بينة الآخر، والثاني كثرة الاثبات كما إذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من واحد وأقاما البينة فبينة الشراء راجحة لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى، كذا في فتح القدير، والثالث أن البينة الناقلة راجحة على المستصحبة فَلَو شهدت شهود أحدهما أن هذه الدار لفلان الذي بناها قبل سنتين، وشهد شهود الآخر أنها اشتراها من المدعي بعد ذلك رجحت هذه الشهادة لأنها بينة ناقلة علمت ما لم تعلمه البينة الأولى المستصحبة، والرابع أن بينة من تاريخه مقدم أولى كما في المجلة المادة-١٧٦- لأن صاحب التاريخ المقدم يكون قد أثبت أنه يملك قبل الآخر فإذا لم يثبت صاحب التاريخ المؤخر تلقي الملك عن صاحب التاريخ المقدم فلا يتملك الملك، وللترجيح وجوه متعددة مذكورة في كتب الفقة متشتتة كما قال المصنف رحمه الله تعالى، وأما إذا تعذر العمل بهما مع عدم الترجيح فيما بينهما تهاترتا ولَم يعمل بهما جميعاً، وتفصيل صور تعارض البينات في شرحي المجلة للأتاسي وعلي حيدر في توضيح المادة -١٧٥٦- إلى -١٧٦٨- فليراجع إليهما.

في يد الآخر قضى لهما[١]، ومثال الساقط والتهاتر كما في الكنز: لو برهنا على نكاح امرأة سقطا[٢]، قال أبو مسعود لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وكما في الهداية: أقام كل واحدٍ من الخارج وذي اليد على الشراء من الآخر ولا تاريخ تهاترت البينتان وتترك الدار في ذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. [٣]

وإن ترجحت يحكم براجحة وترد المرجوحة لكن الفرق بينهما من أهم مسائل القضاء لأن هذه المسائل منتشرة في حجب ضخام الكتب مستترة في سر ونبذة منها ملتقطاً من كتاب ملجاء القضاء لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي وكتاب ترجيح البينات لعبد الرحمن الخصالي وكتاب الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة للفاضل محمود بن حمزة مفتي دمشق الشام وغيرها مع ذكر مأخذها من كتب الحنفية في كل مسألة.

---

[١] في البحر: يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الأولوية آه.

[٢] تمام عبارة الكنز: وهي لمن صدقت أو سبقت بينته، وفِي البحر: يعني لو أقام اثنان بينة على أن هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما إذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها فيجب اعتبار قولها إن أحدهما زوجها أو أسبقهما نكاحا إلا إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لأن الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه، آه.

[٣] تمام عبارة الهداية: وعلى قول محمد يقضي بالبينتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز،آه.

الفصل الثاني في أحكام النكاح [1]

١٤٤- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج آخر على نكاحها منكرة بلا تاريخ. (الهندية)

١٤٥- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بتاريخ راجحة على بينة خارج آخر على نكاحها منكرة بهذا التاريخ. (الهندية)

١٤٦- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بتاريخ سابق راجحة على بينة خارج آخر على نكاحها منكرة بتاريخ لا حق. (الهندية)

١٤٧- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة مقرة بتاريخ سابق راجحة على بينة خارج آخر مقرة بتاريخ لا حق. (الهندية)

١٤٨- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة بتاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية)

١٤٩- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية)

١٥٠- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة مقرة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية)

١٥١- المادة: بينة ذي اليد على نكاح امرأة بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على نكاحها بلا تاريخ. (الهندية)

---

[1] مسائل هذا الفصل مأخوذة من جواهر الروايات ص٤٦) فليراجع إليه.

١٥٢- المادة: بينة الخارج على نكاح امرأة بتاريخ سابق راجحة على بينة الخارج على نكاحها بتاريخ لا حق. (الهندية)

١٥٣- المادة: بينة الخارج على النكاح والدخول بها مقرة راجحة على بينة الخارج على النكاح والدخول بها منكرة. (الهندية)

١٥٤- المادة: بينة ذي اليد على النكاح الظاهر راجحة على بينة الخارج كيف ما كان إلا بسبق التاريخ. (الهندية)

١٥٥- المادة: بينة أحد الزوجين على فساد النكاح راجحة على بينة الآخر على صحة النكاح. (التنقيح)

١٥٦- المادة: بينة البكر على ردها النكاح راجحة على بينة الزوج على سكوتها. (التنقيح)

١٥٧- المادة: بينة الزوج على إجازتها النكاح راجحة على بينة الزوجة على ردها النكاح. (التنقيح)

١٥٨- المادة: بينة الزوجة على أن أباها زوجها بالغة ولَم ترض راجحة على بينة الزوج على أن أباها زوجها صغيرةً. (التنقيح)

١٥٩- المادة: بينة الزوج على الابراء من المهر راجحة على بينة الزوجة على الإقرار به إلى الآن. (التنقيح)

١٦٠- المادة: بينة الزوج على أنها أجازت لمّا بلغها الخبر راجحة على بينة الزوجة على أنها ردت النكاح لمّا بلغها. (الأنقروية)

١٦١-المادة: بينتها على أن ما ارسله الزوج هدية راجحة على بينة الزوج على أنه من المهر. (التنقيح)

١٦٢-المادة: بينة الزوجة على أنها ردت النكاح لمّا بلغها الخبر راجحة على بينة الزوج على أنها سكتت لما بلغها. (الأنقروية)

١٦٣-المادة: بينة المرأة على أن المهر ألفان راجحة على بينة الزوج على أن المهر ألف. (الخانية)

مسائل النفقات

١٦٤-المادة: بينتها على أن المفروض مائة نفقة راجحة على بينة الزوج على أن المفروض خمسون. (التنقيح)

١٦٥-المادة: بينة المرأة على أن الزوج موسر عليه نفقة اليسار راجحة على بينة الزوج على أنه معسر. (غانم)

مسائل الوقف

١٦٦-المادة: بينة كون الوقف فاسد الشرط راجحة على بينة كون الوقف صحيحاً. (التنقيح)

١٦٧-المادة: بينة تقييد الوقف راجحة على بينة إطلاق الوقف. (التنقيح)

١٦٨-المادة: بينة خارج على أن العمارة التي في أرض الوقف ملكه راجحة على بينة المتولي على أن العمارة للوقف. (التنقيح)

١٦٩-المادة: بينة ذي اليد على أن الدار وقف عليّ بتاريخ سابق راجحة على بينة القيم على أنها وقف بتاريخ لا حق.

١٧٠- المادة: بينة الخارج على الملك المطلق راجحة على بينة ذي اليد المتولي على انه وقف.

مسائل البيوع

١٧١- المادة: بينة الخارج على الشراء بتاريخ سابق راجحة على بينة خارج على الشراء بتاريخ لا حق. (المجلة)

١٧٢- المادة: بينة البائع على زيادة الثمن راجحة على بينة المشتري على نقص الثمن. (المجلة)

١٧٣- المادة: بينة المشتري على زيادة المبيع راجحة على بينة البائع على نقص المبيع. (المجلة)

١٧٤-المادة: بينة البائع تلجئة راجحة على بينة المشتري على البتات. (فتاوى على آفندي)

١٧٥-المادة: بينة بيع الوفاء راجحة على بينة بيع البتات. (تنقيح الفتاوى الحامدية)

١٧٦-المادة: بينة المشتري على الإقالة راجحة على بينة البائع على البيع. (التنقيح)

١٧٧- المادة: بينة المشتري على اجازة المالك بيع الفضولي راجحة على بينة المالك على رد البيع. (التنقيح)

١٧٨- المادة: بينة هلاك المبيع عند المشتري راجحة على بينة هلاكه عند البائع. (التنقيح)

١٧٩-المادة: بينة خارج على شراء من رجل بتاريخ راجحة على بينة شرائها من رجل بلا تاريخ. (ميزان المتداعيين)

١٨٠-المادة: بينة خارج على الشراء من زيد وقبض بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على الشراء من زيد بلا تاريخ. (الميزان)

١٨١- المادة: بينة ذي اليد على الشراء من زيد وقبض بلا تاريخ راجحة على بينة خارج على الشراء من زيد وقبض بلا تاريخ. (الميزان)

١٨٢- المادة: بينة الخارج على الشراء من رجل بتاريخ راجحة على بينة ذي اليد على الشراء من رجل آخر بذلك التاريخ. (الميزان)

مسائل السلم

١٨٣- المادة: بينة رب السلم في قدر المسلم فيه أو جنسه أو صفته راجحة على بينة المسلم إليه. (التنقيح)

مسائل الشهادات

١٨٤-المادة: بينة التواتر في نفي من المدعي عليه أو التواتر في الحدود نفياً أو في النكاح أو الطلاق أو القصاص نفياً راجحة على بينة المدعي إثباتاً.

١٨٥- المادة: بينة مدعي خلاف الظاهر أو مدعي ما يشهد له الحس أو مدعي الحدوث (البزازية) أو مدعي العقل أو مدعي الإكراه راجحة على مدعي موافقة الظاهر أو مدعي ما يكذبه الحس أو مدعي الجنون والعته أو مدعي الطوع. (المجلة)

١٨٦- المادة: بينة مدعي الصحة أو مدعي الخصوص أو مدعي الأمر العارض أو مدعي اليسار راجحة على مدعي المرض أو مدعي العموم أو مدعي استصحاب الحال أو مدعي الإعسار. (التنقيح)

١٨٧-المادة: بينة مدعي موت الموروث راجحة على بينة مدعي حياته. (قاضيخان)

١٨٨- المادة: بينة مدعي البيع راجحة على بينة مدعي الرهن أو الهبة أو الإجارة. (المجلة)

١٨٩- المادة: بينة مدعي جرح الشهود لأجل الفسق أو العداوة الدنيوية أو سائر ما يرد به شهادة الشاهد راجحة على بينة تعديل الشهود. (الطريقة الواضحة)

١٩٠- المادة: بينة الخارج على الملك المطلق راجحة على بينة ذي اليد على الشراء أو الإرث. (ميزان المتداعيين)

المتفرقات

١٩١- المادة: إن ادعيا ملكاً مطلقاً فإما ان يكون العين المدعاة في يد أحدهما أو في يدهما أو في يد ثالث فإن كان في يد أحدهما فإن أرخا سواء أو لم يورخا فهو للخارج وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما وإن أرخ أحدهما دون الآخر فعند أبي يوسف يقضي للمورخ وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقضي للخارج ولا عبرة بالوقت وإن كان في يدهما أو في يد ثالث فإن لم يورخا أو أرخا تاريخاً واحداً وبرهنا يقضي بينهما وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو للأسبق ثم لا يقضي بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه ولو أرخ أحدهما لا الآخر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا عبرة بالتاريخ ويقضي بينهما نصفين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى للمورخ وعند محمد رحمه الله تعالى لمن أطلق، كذا في الثامن من الفصولين ملخصاً نقلاً عن الكافي، وكذا في محيط السرخسي.

١٩٢- المادة: وإذا أدعى كل واحد منهما على صاحبه فعلاً مع دعوى الملك المطلق بأن أدعى على صاحبه انه غصبه منه أو أدعى انه أعاره منه أو أودعه منه يقضي العين بينهما لاستوائهما في الدعوى والحجة، وإن أدعى أحدهما فعلاً على صاحبه مما

ذكرناه وصاحبه أدعى الملك المطلق لا غير يقضي ببينة مدعى الفعل لأن بينته أكثر إثباتاً، كذا في الثالث من دعوى المحيط البرهاني في النوع الاخبر. (الفتاوى الأنقروية جلد دوم)

١٩٣-المادة: إن أدعى كل واحد منهما الإرث من أبيه فإن كان العين في أيديهما أو في يد ثالث فإن لم يورخا أو أرخا تاريخاً واحداً فهو بينهما نصفان، وإن أرخا وأحدهما اسبق فهو لأسبقهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف للآخير، وقال محمد رحمه الله تعالى في رواية أبي حفص كقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفِي رواية أبي سليمان يقضي بينهما ولا عبرة للتاريخ في الإرث وإن أرخ أحدهما ولَم يورخ الآخر قضي بينهما نصفين اجماعاً، وإن كان العين في يد أحدهما ولَم يورخا أو أرخا تاريخاً واحداً يقضي للخارج، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو لأسبقهما تاريخاً، وعند محمد رحمه الله تعالى للخارج، وإن أرخ أحدهما ولَم يورخ الآخر فهو للخارج اجماعاً، وقيل عند أبي يوسف للمورخ، كذا في ما يدعيه الرجلان. (من الكافي ملخصاً)

١٩٤- المادة: وإن ادعيا الشراء من واحد والعين في يد البائع ولَم يورخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فالتاريخ بملكه لا يعتد به فيكون بينهما، وإن أرخ أحد دون الآخر فهو للمورخ اتفاقاً لأنه أثبت شراء لنفسه لا ينازعه فيه غيره، وإن كان العين في أيديهما فهو بينهما إلاّ إذا أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما، وإن كان في يد أحدهما فهو لذي اليد سواء أرخ أو لم يورخ إلاّ إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى به للخارج، كذا في الثامن من الفصولين.

١٩٥-المادة: وبينة الخارج أولى من بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق بخلاف دعوى النتاج والنكاح ودعوى الملك بسبب لا يتكرر فإن بينة ذي اليد فيها أولى بالاتفاق، كذا في شرح الكنز للزيلعي في باب دعوى الرجلين ملخصاً.

الفصل الثالث في بيان الأمور التي تقبل فيها الشهادة بالتسامع

١٩٦- المادة: الأصل في الشهادة أن تكون مبنيةً على معاينة الشاهد بنفسه إلاّ أن بعض الأشياء مما يتعذر على كثير من الناس مشاهدتها فتقبل فيها الشهادة بالتسامع لئلا تضيع حقوق الناس [١] لكن الشهادة بالتسامع إنما تقبل إذا اشتهرت لدي الشاهد بأحد طريقي الشهرة إما الشهرة حقيقة كالتواتر أو حكمية وهي أن تكون بشهادة عدلين أو عدل وعدلتين، والأمور التي تقبل فيها الشهادة بالتسامع عشرة. [٢]

---

[١] لأن هذه الأمور تتعلق بها أحكام تبقي على انقضاء القرون فَلَو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان، فالشهادة فيها تحل بطريقين المعاينة والشهرة، والشهرة تحصل بالتواتر بأن يسمع من قوم لا يتصور توطؤهم على الكذب وهي الشهرة الحقيقة ولا يشترط فيها عدالة المخبرين، وبشهادة عدلين أو عدل وعدلتين وهي الشهرة الحكمية ويشترط فيها أربعة شروط: الشرط الأول: أن يكون المخبر عدلا مقبول الشهادة، والثاني: أن لا يكون المخبر خصما أو مدعيا، والثالث: أن يكون المخبر في نصاب الشهادة يعنى رجلان أو رجل وامرأتان، والرابع: أن يكون الإخبار للشاهد بلفظ الشهادة، كذا في درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة –١٦٨٨)

[٢] في أربعة منها تقبل الشهادة بالتسامع اتفاقاً وهي النسب والنكاح والموت والقضاء كما في معين الحكام في الباب الرابع عشر من القسم الثاني في أنواع البينات ج٢ص٩٦):

أما الشهادة على النسب انه لو سمع الناس أن هذا ابن فلان أو أخوه أو شهد عنده عدلان أو عدل وعدلتان بذلك جاز له أن يشهد به، قال الإمام الأعظم لا يجوز الشهادة على النسب بالوقوف عليه بالاشتهار الحكمي أما عند الإمامين فجائز وهو المفتى به كما في درر الحكام ج٤ص٣٧٢).

وأما الشهادة على النكاح فتجوز بالشهرة الحقيقة عنده وبالشهرة الحقيقة والحكمية عندهما كما في جامع الرموز للقهستاني ج٣ص٤٢٥).=

=وأما الشهادة بالموت فتجوز بنوعي الشهرة.
وأما الشهادة بالقضاء فتجوز بنوعي الشهرة عندهما وبالحقيقة فقط عنده، وفِي المحيط البرهاني: ثم عند أبي يوسف ومحمد يجوز الشهادة بخبر المثنى في النسب والقضاء والنكاح، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، آه ج٨ص٣٠٣).
وفِي الشهادة بالتسامع في الأمور الباقية من العشرة اختلاف:
أما في المهر فقال الطحطاوي: وفِي البحر عن الظهيرية والبزازية والخزانة: أن في المهر روايتين والأصح الجواز، آه. (شرح المجلة لسليم باز)
وأما في الدخول بالزوجة ففي الخلاصة:لا يشهد بالتسامع في الدخول ولا يثبت إلا بثبوت الخلوة. (جامع الرموز)
وأما في أصل الوقف ففي معين الحكام: الوقف إذا اشتهر أنه وقف فلان على كذا جاز له أن يشهد به في قول وهو المختار لأنه لو لم يجز أدى ذلك إلى استهلاك الأوقاف، آه.
وأما في شرائط الوقف ففي فتح القدير: وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا، آه وفِي المحيط البرهاني: ومن المشايخ من قال: تجوز الشهادة على أصل الوقف بالتسامع، أما على شرائط الوقف لا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهو الأصح، لأن أصله يشتهر، أما شرائطه لا تشتهر، آه والراجح القبول لأن شرائط الوقف أيضاً تبقي على ممر الزمان.
وأما العتق ففي المحيط البرهاني: وأما الشهادة بالعتق بالشهرة والتسامع لا تحل عندنا،آه وفِي الدر المختار: تحل عند أبي يوسف.
وأما الولاء ففي المحيط البرهاني: فأما الشهادة بالولاء بالشهرة والتسامع لا تحل عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يعاين عتق المولى، وهو قول أبي يوسف الأول، وعلى قوله الآخر: تحل، وقول محمد=

١٩٧- **المادة**: الأول النسب[١]فيحل للشاهد أن يشهد به بالتسامع وإن لم يعاين الولادة متى اشتهر عنده بأحد نوعي الشهرة أعني الشهرة الحقيقة كالتواتر أو الحكمية كشهادة عدلين أو عدل وعدلتين، وهذا عند الصاحبين هو الصحيح، وقال الإمام: لا يحل أن يشهد بالنسب إلاّ إذا اشتهر عنده شهرة حقيقة فقط.

١٩٨- **المادة**: الثاني النكاح فيحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده بأحد نوعي الشهرة هذا عند الصاحبين، وقال الإمام: لا تحل الشهادة إلاّ إذا اشتهر شهرة حقيقة وهي ما تكون بالتواتر.

١٩٩- **المادة**: الثالث المهر وقد اختلف فيه والصحيح أنه يحل للشاهد أن يشهد به بالتسامع لأنه تابع للنكاح فحكمه كحكم النكاح في قبول الشهادة بالتسامع.

٢٠٠- **المادة**: الرابع الدخول بالزوجة تحل الشهادة عليه بالتسامع، وعلى هذا مشت المتون والكتب المعتبرة، قيل: لا تحل وإذا أراد أن يثبت الدخول أثبت الخلوة الصحيحة واكتفى بذلك.

=مضطرب في بعض الروايات مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف، فأبو يوسف ذهب في ذلك إلى أن الولاء بمنزلة النسب، على ما قال عليه السلام: الولاء لحمة كلحمة النسب،آه. (ج٨ص٣٠٥)

[١] المراد بالنسب مطلق الوصلة بالقرابة سواء جاز النكاح بينهما كابن العم وبنت العم أو لم يجز كالأب والبنت، كذا في البحر، وفِي درر الحكام: لو لم تجز الشهادة بالتسامع على النسب إلا بالمعاينة لأصبحت الشهادة على النسب غير جائزة رأسا وأصلا؛ لأن سبب النسب العلوق ولا يطلع الإنسان على الوطء فضلا عن لحوق علمه بالعلوق، آه.

٢٠١- المادة: الخامس أصل الوقف تحل فيه الشهادة بالتسامع فإن كان الوقف قديماً لم يشترط ذكر واقفه، وإن لم يكن قديماً وجب ذكر واقفه وذكر المصرف أيضاً من أصل الوقف فيجب ذكره.

٢٠٢- المادة: السادس شرائط الوقف تحل الشهادة على شرائط الوقف بالتسامع على أرجح الأقوال كما في المجتبى ورجحه ابن الهمام.

٢٠٣- المادة: السابع العتق تحل الشهادة بالتسامع في العتق عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بشرط أن يكون مشهوراً وعند الطرفين لا تحل وهو الأرجح.

٢٠٤- المادة: الثامن الولاية تحل الشهادة بالتسامع على ولاية القاضي وإن لم يعاين بتوليته، ومثل القضاة في هذا الولاة والوزراء.

٢٠٥- المادة: التاسع الولاء تحل الشهادة على الولاء بالتسامع عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال الإمام رحمه الله تعالى: لا تحل ورأي محمد رحمه الله تعالى مضطرب، ورأي الإمام هو المعتمد لأن الولاء وإن اشتهر كما اشتهر أن قنبراً مولى علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه وأن نافعاً مولى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما لكنه يبتني على إزالة الملك فلا بد من المعاينة.

٢٠٦- المادة: العاشر الموت ومثله القتل[1] فيجوز به الشهادة بالتسامع وإن لم يعاين بشرط الاشتهار لدي الشاهد بإحدى الشهرتين كما مر.

---

(١) في حاشية جامع الفصولين: هذا بإطلاقه مشكل لترتب القصاص عليها وفيها شبهة فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهة، ولَم أر من أوضحه إلى الآن وقد ظهر لي أن التشبيه إنما هو في خاص وهو جواز اعتداد المرأة إذا أخبرت بقتله كموته للتزويج وإن كان السياق يخالفه آهـ (مسألة عجيبة) وهي أنه إذا=

الفصل الرابع في الشهادة على الشهادة

٢٠٧- المادة: إذا تعذر حضور الشاهد الأصلي لدي القاضي إما بموته أو مرضه أو بكونه غائباً مسيرة ثلاثة أيام أو كون الشاهد الأصلي امرأة مخدرة أو محبوساً تقبل الشهادة على الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص.

الفصل الخامس في كيفية تحميل الشهادة على الشهادة

٢٠٨- المادة: لتحميل الشهادة على الشهادة ثلاث صيغ طويلة، ووسطى، وصغيرة، فالطويلة أن يقول الشاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد بكذا إني أشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي، والوسطى أن يقول له اشهد على شهادتي إني اشهد بكذا، والصغيرة أن يقول اشهد على شهادتي بكذا. (١)

=لم يعاين الموت إلا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلا مثله، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما. (معين الحكام ج٢ص٩٨، جامع الفصولين ج١ص١٧١)

(١) ففي الأولى خمس شينات وفِي الثانية ثلاث شينات وفِي الثالثة شينان.

شروط التحميل

٢٠٩- المادة: ويشترط لصحة هذا التحميل أربعة أمور [١] الأول أن يقول الأصل للفرع اِشهد على شهادتي لأن الفرع نائب فلابد من الإنابة [٢] والثاني أن يشهد الأصل عندالفرع كما يشهد عند القاضي لأن الفرع ينقل إلى القاضي شهادته كما سمع، والثالث أن لا يرد الفرع هذا التحميل صراحة فإن قال لا أقبل لا يكون شاهداً وإن قبل أو سكت صح التحميل، والرابع لابد أن يشهد كل من شاهدي الفرع على كل من شاهدي الأصل[٣]لا أن يشهد واحد على واحد. (كنز، الأصول القضائية)

---

[١] وله شرط خامس أيضاً وهو أن لا ينهى الأصل الفرع عن الشهادة بعد الأمر بالشهادة، في معين الحكام: لو نهى الأصول الفروع عن الشهادة بعد الأمر عمل بالنهي، آه ويلزم ذكر شهود الفرع حين الشهادة أسماء آباء وأجداد شهود الأصل فلذلك لو شهد شهود الفرع بدون ذكرهم فلا تقبل؛ لأنهم تحملوا مجازفة لا عن معرفة، كذا في درر الحكام.

[٢] فَلَو قال الأصل للفروع اشهدوا على شهادتي فسمعه رجل آخر لم يجز له أن يشهد على شهادته لأن الإنابة شرط ولَم يوجد .

[٣] لأنه لابد من شهادة الاثنين على شهادة كل من شاهدي الأصل، وكذا يجوز أن يشهد اثنان على شهادة هذا وآخران على شهادة آخر، ولو شهدا على شهادة رجل وأحدهما يشهد بنفسه أيضا لا يجوز، لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة؛ لأنها لو قبلت أدى إلى أن يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق، نصف الحق بشهادته وحده، وربع الحق بشهادته مع آخر على شهادة آخر، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق؛ لأنها شطر الحجة، فبقي على شهادة الأصل الغائب شاهد واحد فلا يثبت شهادة الأصل الغائب. (معين الحكام)

(تتمة) كيفية الأداء من الفروع أن يقول الفرع عند الحاكم " شهد فلان بن فلان على إقرار فلان بن فلان بكذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته. (معين الحكام)

الفصل السادس في تزكية الشهود

٢١٠- المادة: شهد الشهود أمام القاضي فإما أن يعرفهم القاضي بالعدالة فيحكم بهذه الشهادة من غير حاجة إلى السؤال عنهم اتفاقاً، وإما أن يعرفهم القاضي بفسق فلا تُقبل شهادتهم بالاتفاق، وإما أن يجهل حالهم فإما أن يطعن الخصم فيهم بطعن مفسق أو لا يطعن فإن طعن وأثبت طعنه وجب رد شهادتهم بالاتفاق، وإن لم يثبت طعنه وجب السؤال عنهم بالاتفاق فإن ثبت عدالتهم قبلت شهادتهم، وإن جرحوا ردت شهادتهم، وإن لم يطعن الخصم فإن كان حداً أو قصاصاً وجب السؤال عن الشهود قبل الحكم اتفاقاً، وإن كان غيرهما ففيه خلاف قال الإمام رحمه الله تعالى لا يجب السؤال اكتفاءً بظاهر العدالة، وقال صاحباه رحمهما الله تعالى يجب السؤال، وقول الصاحبين هو المعتمد والمفتى به والاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى زمن الصلاح والتقوى فلما كثر الكذب والفساد في زمن الصاحبين أوجبا السؤال.

الجرح على الشهود [١]

٢١١-المادة: الجرح على قسمين مجرد، ومركب، الجرح المجرد ما يتضمن تفسيق الشهود من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو العبد، نحو أن يطعن عليهم بأنهم فسقة أو آكلة ربوا أو زناة أو شربة خمر [٢]أو أنهم أقروا أنهم شهدوا بالزور أو أنهم

---

[١] اعلم أن طعن المشهود عليه في الشهود نوعان، أحدهما طعن يمنع من قبول الشهادة بلا إخلال في عدالة الشهود، والثاني طعن يمنع من قبولها ويخل بعدالة الشهود، ويسمى هذا جرحاً لأن الجرح في اصطلاح الفقهاء إظهار فسق الشاهد، فالنوع الأول تقبل الشهادة عليه وإن كان لا يدخل تحت حكم الحاكم لأنه ليس فيه إظهار الفاحشة كأن يقول الشاهد هو والد المدعي أو ولده مثلاً، وأما النوع الثاني فهو على قسمين حرج مجرد وجرح مركب فحكمه أنه إذا أخبر الخصم المشهود عليه القاضي سرا به وأثبته سرا وأقام الشهود على ذلك فيقبل القاضي هذا الإثبات ويرد شهادة الشهود سواء قبل التعديل والتزكية أو بعدها، وأما إذا أخبره علنا وأراد إثبات ذلك بالشهود فعلى قول لا يقبل لا قبل التعديل والتزكية ولا بعدها؛ لأن الفسق المجرد لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم إلزام وليس في وسع القاضي إلزام الفسق لأحد لتمكنه في رفعه في الحال بالتوبة، ومع ذلك يوجب هتك الأسرار وإشاعة الفاحشة بسبب الجرح وإقامة الشهود على ذلك علنا وهذا محرم بلا ضرورة وليس في ذلك ضرورة؛ لأن للمشهود عليه أن يخبر ذلك سرا للقاضي وأن يثبته سرا فيرد شهادة الشهود، وأما الجرح المركب فحكمه أن الشهادة عليه سواء كانت قبل التعديل أو بعده تقبل وإن كان فيها إشاعة الفاحشة لأن فيه حقاً لِله تعالى أو للعبد فمست الحاجة لأحيائه، وترتب على قبولها لإحيائه رد شهادتهم ولهذا سمي جرحاً مركباً حيث ترتب على القبول شيئان إحياء الحق ورد الشهادة، هذا خلاصة شرحي المجلة لعلي حيدر والأتاسي في توضيح المادة -١٧٢٤).

[٢] يعني يقول المشهود عليه إن الشهود قد اعتادوا الزنا أو شرب الخمر، وأما إذا قال إنهم زنوا أو شربوا الخمر ولَم يتقادم العهد فهو من الجرح المركب.

أجراء في هذه الشهادة أو أنهم أقروا أن المدعي مبطل في دعواه أو نحو ذلك فإذا طعن عليهم بمثل هذا أو أراد أن يقيم الشهادة على ذلك لم تقبل منه، وإن كان طعنه هذا يوجب على القاضي السؤال عنهم، ووجه عدم قبول هذه البينة أن البينة تقام على ما يدخل تحت حكم الحاكم وهذه البينة مثبت للفسق والفسق لا يدخل تحت الحكم لأن الشهود يمكنهم أن يدفعوه بالتوبة.

٢١٢- المادة: والجرح المركب هو ما يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو العبد، نحو أن يطعن المدعى عليه بأنهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا منه كذا ولَم يتقادم العهد أو أحدهم شريك المدعي والمدعى مال أو أحدهم قاذف والمقذوف يدعيه أو نحو ذلك فإذا أطعن الخصم من هذا القبيل وأراد أن يقيم البينة قبل منه احياءً للحق المتضمن فإن أثبت طعنه ردت شهادتهم وإن لم يثبته سأل عنهم القاضي اجماعاً وحكم متى ظهرت العدالة.

الفصل السابع في كيفية السؤال عن حال الشهود

السؤال السري

٢١٣-المادة: إذا أراد القاضي أن يسأل عن حال الشهود سراً اختار من يثق به ممن يعرف حال الشهود وكتب إليه رقعة مشتملة على اسم الشاهد ونسبه حتى يعرفه المزكي تمام المعرفة وبعث بها إليه مختومة مستورة عن أعين الناس، وهذه تسمى المستورة[١]، فإذا وصلت إلى المزكي وقرأها فإن كان يعرف الشاهد بالعدالة كتب فيها أمام اسمه هو عدل جائز الشهادة، وإن لم يعرفه بشيء كتب هو مستور، وإن عرفه بفسق سكت أو كتب

---

[١] إنما سميت مستورة لكونها سترت عن أعين الناس، وقد أحدث التزكية السرية القاضي شريح الذي خدم القضاء سبعين عاما أفتى العلماء بذلك وقد قيل له: أحدثت يا أبا أمية فأجاب: أحدثتم فأحدثت، ويضع القاضي تلك الورقة في داخل غلاف ويختمها ويرسلها إلى المنتخبين للتزكية، وعند ورودها إليهم يفتحونها ويقرءونها فإن كان الشهود المحررة أسماؤهم فيها عدولا كتبوا تحت اسم كل منهم عبارة أنه عدل ومقبول الشهادة، أو عدل وجائز الشهادة، فتحصل التزكية بالاتفاق. أما إذا كتب المزكون كلمة عدل فقط ولم يذكروا عبارة مقبول الشهادة فقد اختلف في ذلك فعند بعض العلماء يحصل التعديل والتزكية بذلك اللفظ وقد قال الزيلعي أيضا بذلك، وقال بعضهم الآخر بأنه لا تحصل التزكية بذلك اللفظ، وقد قال السرخسي والبحر بذلك؛ لأنه إذا كان الشاهد عدلا لا يلزم كونه مقبول الشهادة حيث إن المحدود بالقذف يكون عدلا بعد التوبة إلا أن شهادته غير مقبولة، أما إذا كان الشاهد عدلا ومقبول الشهادة في نظر المزكي إلا أنه يعلم أن دعوى المدعي باطلة أو أن الشهود متوهمون في بعض الشهادة فاللائق بالمزكي أن يخبر القاضي بذلك بأن يقول: إن الشهود عدول ومقبولو الشهادة إلا أن المدعي مبطل في دعواه أو أن الشهود متوهمون في قسم من شهاداتهم وعلى ذلك يفحص القاضي هذا الخبر بزيادة فإذا تبين له صحته يرد القاضي الشهود وإلا فيقبلهم. (درر الحكام المادة -١٧١٨)

الله تعالى أعلم ولا يكتب الجرح تحرزاً عن هتك حرمة المسلم إلا إذا خاف أن يعدله غيره[1]، ثم يختم الورقة ويبعث بها إلى القاضي. (الأصول القضائية)

السؤال الجهري

٢١٤- المادة: متى فرغ القاضي من التزكية السرية شرع في التزكية العلنية[2]، وهي أن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد ثم يسأل المزكي عن الشاهد فإذا قال عدل مقبول الشهادة فقد زكاه، ولا يحل للمزكي تعديله إلا إذا اجتمعت فيه شروط ثمانية -١- أن يعرفه ويختبره بشركة أو معاملة أو سفر -٢- أن يعرفه أنه ملازم الجماعة -٣- أن يكون معروفاً بصحة المعاملة في الدراهم -٤- أن يكون مؤدياً للأمانة -٥- أن يكون صدوق

---

(١) يعني إذا كان الشاهد غير عدل وخاف المزكي من تزكيته من طرف آخر ومن حكم القاضي بناء على شهادته فله أن يصرح بفسقه.

(٢) فتزكية السر مقدمة على العلانية، في البحر: لا بد من تقديم تزكية السر على العلانية لما في الملتقط عن أبي يوسف لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى في السر اهـ (ج٧ ص٦٦) واختلف العلماء في أن المزكي في العلانية غير المزكي في السر أو لا، فشرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر، وعبارة العناية والكفاية والفتح والزيلعي ظاهر في كون المزكي في العلانية هو المزكي في السر فإن عبارتهم هكذا ويقول القاضي للمعدل أهذا الذي عدلته، أو ما شاكله، وقال الآتاسي في شرح المجلة: فالأحوط الجمع بين الأمرين، ثم قال: وقد رأينا القضاة اليوم يطلبون التزكية العلنية ممن يكون حاضراً لديهم في المحكمة سواء كانوا أهلاً للتزكية أولا عارفين بأحوال من يزكونه أولا فيزكي أولئك الجهلة الشهود على علانيتهم ويعدون ذلك قربة كتزكية الميت ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. (شرح المجلة للآتاسي ج٥ ص٣٤١)

اللسان –٦– أن يكون مجتنباً للكبائر –٧– أن يعلم منه انه غير مصر على الصغائر – ٨– أن تكون الشهادة عند قاض عدل عالم. [١] (الأصول القضائية)

٢١٥- المادة: تزكى الشهود من جانب الذي ينسبون إليه يعني إن كانوا من طلبة العلم يزكون من مدرس المدرسة، وإن كانوا من العسكرية فمن يولي أمرها، وإن كانوا من التجار فمن معتبري التجار وهكذا. (المجلة) [٢]

---

[١] يعني إذا كان المزكي عالم أن القاضي عدل عالم يحكم بعدل فلا يجوز له الامساك عن الاخبار بحال الشاهد وإلا فيجوز له الإمساك عنه، في معين الحكام: إذا كان المسئول عن الشاهد عرفه بعدالة لا يمسك عن الإخبار بما فيه إذا كان القاضي عدلا، وإن كان جائرا أو جاهلا فلا بأس بأن يمسك؛ لأنه إذا عدله ربما يقضي بجور أو جهل. (ج١ ص٤٧٤)

[٢] المجلة المادة –١٧١٧– ويزكي من هذا الجانب لأنه يجب أن يكون المزكون واقفين على أحوال الشهود ومهما كثر اختلاطهم بالشهود يكون وقفهم على أحوالهم أزيد فلذلك يجب على القاضي في خصوص تزكية الشهود أن يختار من كان خبيرا بأحوال الناس وكثير الاختلاط بهم. ويشترط في المزكي بضعة شروط:–١ – أن يكون المزكي عدلا وعارفا بالأحوال الموجبة للجرح وعدمها وغير طماع وغير فقير حتى لا ينخدع بالمال–٢ – ألا يكون عداوة بين الشاهد وبين الجهة المنسوب إليها الشاهد فعليه إذا وجدت عداوة ظاهرة بين الشاهد وبين المزكي فلا يجوز سؤال ذلك المزكي عن أحوال الشاهد –٣ – يلزم عند بعض الفقهاء ألا يكون المزكي الشاهد الآخر فلذلك إذا شهد اثنان في دعوى وكان أحدهما معروفا بالعدالة والآخر مجهولا فإذا زكى الشاهد المعروف بالعدالة رفيقه الشاهد فلا تقبل؛ لأن الشاهد متهم في تعديل الشاهد الآخر لاحتمال قصده من ذلك ترويج شهادته. (درر الحكام المادة – ١٧١٧)

٢١٦-المادة: إذا عدل بعض المزكين الشهود وجرحهم بعضهم لم يحكم الحاكم بشهادة أولئك الشهود لأنه يرجح طرف الجرح. [1]

٢١٧-المادة: إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهادة في المعاملات فللحاكم أن يزكيهم ويحكم بشهادتهم. (من المحل المذبور) [2]

---

[1] المجلة المادة -١٧٢٥- هذا إذا كان الجارح اثنين والمعدل اثنين أو أكثر أو كان كل منهما واحداً ولَم يكن بين الجارح والشاهد تعصب فههنا صور -١- إذا كان الجارح واحدا والمعدل واحدا يرجح طرف الجرح-٢ - إذا عدل اثنان وجرح اثنان يرجح طرف الجرح -٣- إذا جرح اثنان وعدل أكثر من اثنين كان الجرح أولى لأن قول الاثنين يساوي الجماعة في الشهادة فكذا في التعديل -٤- إذا كان الجارح واحد والمعدل اثنين كان التعديل أولى لأن قول الاثنين حجة مطلقة في الاحكام كلها بخلاف قول الواحد -٥- إذا ساوى الجارح والمعدل لكن كان بين الجارح والشاهد تعصب كان التعديل أولى لأن أصل الشهادة لا تقبل عند التعصب فالجرح أولى، أنظر شرح المجلة للآتاسي المادة -١٧٢٥).

[2] المجلة المادة -١٧٢٦- هذ بخلاف ما إذا طرأ على الشهود بعد أدائهم الشهادة عمى أو خرس أو فسق لأن قيام الأهلية حين القضاء شرط لصحته.

الفصل الثامن في تحليف الشهود [1]

[1] اختلف أقوال الفقهاء في تحليف الشهود، في الأشباه والنظائر لابن نجيم: وفي التهذيب: وفي زماننا لما تعذرت التزكية بغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود، كما اختاره ابن أبي ليلى لحصول غلبة الظن (انتهى) وفي مناقب الكردري في باب أبي يوسف رحمه الله: اعلم أن تحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ، والعمل بالمنسوخ، حرام، وقد ذكر في فتاوى القاعدي وخزانة المفتين أن السلطان إذا أمر قضاته بتحليف الشهود، يجب على العلماء أن ينصحوا السلطان ويقولوا: له لا تكلف قضاتك أمرا، إن أطاعوك يلزم منه سخط الخالق، وإن عصوك يلزم منه سخطك، آهـ، وفِي البحر بعد نقل قول صاحب التهذيب: قلت: ولا يضعفه ما في الكتب المعتمدة كالخلاصة والبزازية من أنه لا يمين على الشاهد؛ لأنه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصا في زماننا أن الشاهد مجهول الحال وكذا المزكي غالبا والمجهول لا يعرف المجهول، (ج٧ ص٦٣) وفِي ردالمحتار: ونقل عن الصيرفية جواز التحليف، وهو مقيد بما إذا رآه القاضي جائزا أي بأن كان ذا رأي، أما إذا لم يكن له رأي فلا ط عن أبي السعود، والمراد بالرأي الاجتهاد، آهـ وفِي تكملة ردالمحتار نقلا عن العلامة المقدسي: أن ما ذكر في التهذيب للقلانسي مخالف لما في الكتب المعتبرة، ولا يقال: يجب العمل به لان الشاهد مجهول كالمزكي غالبا والمجهول لا يعرف المجهول، لانا نقول: الامر كذلك، لكن قال الفقيه: لو استقصى مثل ذلك لضاق الامر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل: ومن ذا الذي ترضى سجاياه كلها كفى المرء نبلا أن تعد معايبه أقول: لكن صدر الامر السلطاني أنه إذا ألح الخصم على القاضي بأن يحلف الشهود قبل الحكم لتقوية الشهادة ورأى الحاكم لزوم ذلك فله إجابته كما في مادة ١٧٢٧ من المجلة، والراجح جواز تحليف الشهود في وقت ريبة الحاكم من عدالة الشهود ومن عدالة المزكين ولا دفع لتلك الريبة إلا بتحليفهم ومع ذلك يكون إلحاح المشهود عليه على الحاكم بذلك وقد كان السلطان أمر به في ذلك الوقت، وبهذا تجمع الأقوال فإن من قال أنه منسوخ والعمل به غير=

٢١٨-المادة: في البحر عن التهذيب: انه يحلف الشهود في زماننا لتعذر التزكية إذا المجهول لا يعرف المجهول، وفِي المجلة إذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم تقوية الشهادة باليمين فللحاكم أن يحلف الشهود وله أن يقول لهم إن حلفتم قبلت شهادتكم وإلا فلا. (الأصول القضائية)

تفريق الشهود

عن محمد إذا أتهم الشهود بشهادة الزور فرق بينهم. (معين الحكام) (١)

=جائز فقوله محمول على ما إذا كانت العدالة محققة عند القاضي ولا ريبة له فيها كما تفقه به صاحب البحر وهو تفقه حسن، وهو محمل مادة المجلة أيضاً، أنظر شرح المجلة للأتاسي، وَالله تعالى أعلم.

(تنبيه) التحليف لا يغني عن التزكية السرية والعلنية فلا يكون تحليف الشهود بدلا للتزكية. (درر الحكام شرح مجلة الاحكام المادة –١٧٢٧)

(١) معين الحكام ج١ص٤٥٨– تمام عبارته: وإن لم يتهم لا يتكلف لذلك، آه والراجح في زماننا التفريق مطلقا، وَالله تعالى أعلم.

الرجوع عن الشهادة [1]

(1) اعلم أن للرجوع ركناً وشرطاً وحكماً فركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به أو يقول شهدت بزور، وشرط صحته أن يكون عند القاضي، وحكمه التعزير فقط إن رجع قبل القضاء والتعزير والضمان إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالاً وقد أزاله بغير عِوَض، في النتف: أن ما يتلفه الشاهد اذا رجع عن شهادته على ثمانية اوجه، احدها اتلاف النفس وهو ان يشهد رجلان على رجل انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي بشهادتهما وقتل المشهود عليه ثم رجعا عن الشهادة فانهما يغرمان الدية وان رجع احدهما فانه يغرم نصف الدية، والثاني اتلاف بعض النفس وهو ان يشهد رجلان على رجل بالسرقة فيحكم القاضي بقطع يده وقطع، ثم رجعا عن الشهادة فانهما يغرمان دية اليد وان رجع احدهما فعليه نصف دية اليد، والثالث اتلاف المال وهو ان يشهد رجلان لرجل على رجل بالف درهم مثلاً، وقضى القاضى بشهادتهما والزمه المال ثم رجعا عن شهادتهما فانهما يغرمان للمشهود عليه ما الزمه القاضى من المال للمشهود له فان رجع احدهما فانه يغرم له نصف المال، والرابع اتلاف المتاع من العقار والحيوان وما يملكه الانسان وهو ان يشهد رجلان لرجل على رجل بدار او عبد او امة او ثوب او غير ذلك وقضى القاضي بذلك ثم رجع الشاهدان عن الشهادة فانهما يغرمان قيمة ذلك وان رجع احدهما غرم نصف قيمته على ما ذكرناه، والخامس اتلاف الملك وهو ان يشهد رجلان على رجل بانه اعتق عبده وقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فانهما يغرمان قيمة العبد، وان رجع احدهما غرم نصف ذلك على قياس ما ذكرنا، والسادس اتلاف النكاح او الزام النكاح وهو ان يشهد رجلان بنكاح امرأة لرجل والرجل يدعيها والمرأة تنكره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فان القاضي لا يبطل النكاح برجوعهما ولا يغرمهما شيئا للمرأة شهدا بمهر مثلها او بأقل من ذلك او بأكثر لانهما لم يتلفا عليها مالا، ولو كانت المرأة مدعية والرجل منكرا والمسئلة بحالها فهو كذلك غير ان المهر الذى شهدا به كان مهر مثلها او اقل فانهما لا يغرمان شيئا للزوج وان كان المهر الذى شهدا به أكثر من مهر مثلها غرما للرجل الفضل على مهر المثل ولو رجع احدهما غرم نصف ذلك الفضل، وكذلك لو شهدا=

٢١٩- المادة: إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أداء الشهادة وقبل الحكم في حضور الحاكم تكون شهادتهم في حكم العدم كأن لم تكن ويعزرون.

٢٢٠- المادة: إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقض حكم الحاكم ويضمن الشهود المحكوم به. (المجلة)

=باجارة فان حكمها حكم النكاح الى آخره على الوجهين جميعا، ولو شهدا بطلاق امرأة والزوج ينكره وقضى القاضي بذلك ثم رجعا فان كان الزوج دخل بالمرأة فانها لا يغرمان شيئا لانه قد حصل له بدل المهر وان لم يكن دخل بالمرأة وقد فرض لها صداقها فانهما يغرمان ما غرم لامرأته من نصف الصداق فان رجع احدهما غرم نصف ذلك وهو ربع الصداق وان لم يكن فرض لها الصداق فانهما يغرمان له ما غرم لامرأته من المتعة فان رجع احدهما غرم نصف المتعة، والسابع اتلاف حق من الحقوق وهو ان يشهد رجلان على رجل بانه راجع امرأته وقد كان طلقها او على انه قد عفى عن دم كان له قبل رجل أو على انه سلم شفعة كانت له في شرك وجوار او انه سلم خيارا كان له فى بيع أو شراء او على انه رأى المبيع ورضي به أو كان له خيار رؤية فى بيع وما اشبهه وقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فانهما لا يغرمان شيئا لانهما لم يتلفا مالا وانهما انما يضمنان اذا أتلفا على احد مالا، والثامن اتلاف عقد من العقود او الزام عقد وهو ان يشهد رجلان بالبيع والبائع ينكر والمشتري يدعى فيقضي القاضي بذلك فان المشترى لا يحل له ان ينتفع بذلك وان كانت جارية لا يحل له ان يطأها ان لم يكن قد وقع بينهما بيع وشراء فان رجعا عن شهادتهما ينظر فان كان الثمن مثل قيمة المبيع او اكثر فانهما لا يغرمان شيئا للبائع برجوعهما لانهما اعطياه مثل ما اخذا منه وان كان الثمن اقل من قيمة المبيع غرما ذلك الفضل على ما وصفنا وان رجع أحدهما غرم نصف ذلك الفضل، ولو كان البائع هو المدعي للبيع والمشتري منكرا فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة نظر الى الثمن ايضا والى قيمة المبيع فان كانت قيمة المبيع مثل الثمن او اكثر لم يغرما للمشترى شيئا لانهما اعطياه مثل ما اخذا منه وان كانت قيمة المبيع اقل من الثمن غرما له ذلك الفضل، انتهى بحذف شيء.

٢٢١- المادة: يشترط أن يكون الرجوع في حضور الحاكم ولا اعتبار إذا كان في محل آخر فإن رجع بعض الشهود وبقي نصاب الشهادة يعزر ولا يضمن، وإن لم يبق يضمنون النصف بالاشتراك، والعبرة لمن بقي لا لمن رجع. (المجلة والكنز)

الفصل التاسع في شروط تضمين الشاهد

٢٢٢- المادة: شروط تضمين الشاهد أربعة الأول أن يكون الرجوع بعد القضاء فَلَو قبله لا يجب الضمان، والثاني أن يكون الرجوع في مجلس القاضي فَلَو كان في غيره لم يصح فلا يجب الضمان، والثالث أن يكون المتلف بالشهادة عين مال فَلَو كان منفعة لم يجب الضمان لأن المنافع غير متقومة عندنا بالإتلاف، وإنما قومت بالتملك في النكاح إظهاراً لشرف المحل وفِي الإجارة للضرورة، والرابع أن يكون اتلاف المال بغير عِوَض فإن كان بعوض لم يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم المال لأن الاتلاف بعوض كلا اتلاف. (الأصول القضائية)

٢٢٣- المادة: مثال الشرط الثالث شهدا على رجل أنه طلق زوجته بعد الدخول وحكم القاضي بالفرقة ثم رجع الشاهدان لم يضمنا شيئًا لأنهما لم يهلكا على الزوج إلا منافع البضع وهي غير متقومة بالإتلاف، ومثال الشرط الرابع شهدا على شخص ببيع شيء بمثل قيمته أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا للبائع شيئًا لأنه اتلاف بعوض، وإن شهدا ببيع شيء بأقل من قيمته ثم رجعا ضمنا الفرق.

الفصل العاشر في الشهادة على الإرث

شروط الشهادة على الإرث ستة، الأول جر الملك من المورث إلى الوارث إما حقيقة بأن يقولا إن هذه العين كانت ملكاً لفلان مات وتركها ميراثاً لهذا المدعي أو حكماً كأن يقولا إن فلاناً مات وهذه العين في ملكه أو في يده(١)أو في يد مستعيره أو مودعه أو مستأجره، والثاني أن يدرك الشاهدان الميت فَلَو لم يدركاه لم تصح شهادتهما لأنهما يشهدان بملك الميت والشهادة على الملك لا تقبل بالتسامع ولابد فيها من المعاينة، ولهذا قال في البزازية شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً ولَم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك ولَم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي، والثالث أن يوضح الشاهدان سبب الوراثة الخاص الذي ورث به المدعي الميت(٢)فإذا كان أخاه وجب أن يقول إنه أخوه لأبيه أو لأمه أو لهما، والرابع أن يسند الشاهدان الملك للميت الزمن

---

(١) إنما كان الشهادة على اليد شهادة على الملك لأن اليد وإن اختلفت فإنها يد ملك عند الموت لأن يده عند الموت أيّ يدٍ كانت يد ملك أو يد أمانة تنقلب يد ملك إذا مات مجهلا فكانت الشهادة على اليد شهادة على الملك وقت الموت فيثبت النقل إلى الوارث بطريق الضرورة، وكذا الإعارة والإيداع والإجارة إثبات اليد من جهة الميت فيصير ذلك إثباتاً ليد الميت عند الموت فينقل إلى الوارث. (معين الحكام ج١ ص٤٥٩)

(٢) وإنما يلزم تعين سبب الوراثة الخاص لأن أسباب الوراثة مختلفة قد يتعلق بها العصوبة وقد يتعلق بها الفرضية مثلا إذا شهدا أنه أخوه لابد أن يقولا إنه لأب وأم أو لأب أو لأم لأه إن كان لأب وأم أو لأب فهو من العصبة وإن كان لأم فهو من ذوي الفروض.

الماضي بأن يقولا نشهد أنها كانت ملك فلان المتوفى[1] والخامس أن يقول الشاهدان إن هذا المدعي وارث هذا الميت إذ يمكن أو يكون محجوباً أو محروماً، والسادس أن يقول الشاهدان أنه لا وارث لهذا الميت غير هذا المدعي أو يقولا لا نعلم له وارثاً غيره.

---

(١) في معين الحكام: لو قالوا إنه لمورثه لا تقبل لإنهم شهدوا بإثبات الملك والمالكية للميت للحال محال، آهـ.

الفصل الحادي عشر في تعزير شاهد الزور

٢٢٤- المادة: وجب تعزيره بلا خلاف، واختلفوا في كيفية التعزير فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تعزيره التشهير به فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه[١] وقال أبوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فإذا لم يتب وأصر على ذلك فإنه يعزر بالضرب بالإجماع. (الأصول القضائية والأنقروية)

---

[١] أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى بقول شريح – رحمه الله – فإنه كان قاضيا في زمن عمر وعلي – رضي الله عنهما – فما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما، في المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى: ذكر عن شريح – رحمه الله – أنه كان إذا أخذ شاهد الزور بعث به إلى أهل سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا فيقول إن شريحا – رحمه الله – يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس، ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته؛ لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى به، ج١٦ ص ١٤٥] –باب شهادة الزور وغيرها [وأما تسويد الوجه ففي نصاب الاحتساب: وتسخيم الوجه لا يجوز لأنه مثلة أهـ وفِي المبسوط: والدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه فإن ذلك مثلة »ونهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن المثلة، ولو بالكلب العقور«، فإنقيل: روي أن عمر رضي الله تعالى عنه سخم وجه شاهد الزور، قلنا: عساه رأى منه مصلحة خاصة، كذا في نصاب الاحتساب، وفِي المبسوط: وما نقل عن عمر – رضي الله عنه – محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا ينزجر إلا به، آهـ فالحاصل أن تسويد الوجه يجوز سياسة إذا رآى الحاكم فيه مصلحة كذا في الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ج١ ص ٣٣٥).

الفصل الثاني عشر في أجرة المزكي والمشخص والمبعوث للتعديل

٢٢٥- المادة: أجرة المشخص في بيت المال، وقيل على المتمرد. (القنية من المحل المذبور)

٢٢٦-المادة: مؤنة المشخص على المتمرد وهو الصحيح، وقيل في بيت المال فإذا أحضره يحبسه القاضي عقوبة. (قاضيخان في فصل ما يستحق على القاضي من كتاب الدعوى)

٢٢٧-المادة: ومؤنة الرجالة على المدعي في الابتداء فإذا امتنع المدعى عليه فعلى المدعى عليه. (قنية كتاب اداب القاضي) [1]

---

[1] طريقة احضار المدعى عليه أن يعطي القاضي المدعي مراسلة مختومة بختمه لتبليغها للخصم تتضمن دعوته إلى المحاكمة ويبلغ المدعي هذه المراسلة لخصمه ويفهمه بأنها من قبل القاضي والختم ختم القاضي فإذا رد الخصم المراسلة وامتنع عن الحضور إلى مجلس القاضي أشهد عليه شاهدين فإذا شهدا بذلك عند القاضي يستحضره القاضي بأعوانه إن قدر وإلا يسأل الوالي أن يستحضره، ومؤنة المستحضر على المتمرد هو الصحيح، وقيل تكون في بيت المال فإذا أحضره يحبسه القاضي عقوبة ،كذا في فتاوى قاضيخان، لكن الطريق الأسلم في هذا الزمان أن تكون المؤنة في بيت المال لمصلحة دفع توهم الظلم والرشوة عن المحضر والشرطي، وَالله تعالى أعلم.

الباب الخامس في الإقرار [1]

الفصل الأول في تعريف الإقرار وشرائط صحته

٢٢٨- المادة: الإقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه للأخر، ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به.

٢٢٩- المادة: يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، والمعتوه من اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً، والسفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ولا يصح على الصغير والمجنون والمعتوه إقرار أولياءهم وأو صياءهم، ولكن الصغير المميز المأذون هو في حكم البالغ في الخصومات التي صحت مأذونيته فيها. [2]

---

[1] مشروعية الإقرار ثابتة بالكتاب والسنة مع إجماع الأمة والمعقول، الكتاب – قوله تعالى: {كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم}]النساء: ١٣٥[والمقصود منها: الإقرار، والسنة – هو كون النبي – صلى الله عليه وسلم – قد أمرنا بإجراء الحد الشرعي على من أقر بفعل موجب للحد الشرعي، وإجماع الأمة أنه قد حصل إجماع الأمة على كون الإقرار حجة في حق المقر، وعلى إجراء القصاص والحدود عليه، فإذا كان الإقرار حجة في الحدود والقصاص فهو حجة في حق المال بطريق الأولى، والمعقول أن الإقرار وإن كان دائرا بين الصدق والكذب إلا أن العاقل لا يقر بشيء كاذباً يوجب الضرر لنفسه، أو ماله، فلا يكون في إقراره تهمة فلذلك رجحت جهة الصدق فأصبح ذلك الإقرار حجة ودليلا على المقر. (درر الحكام)

[2] والخصومات المذكورة هي التجارة كالبيع والشراء والتي هي من ضروريات التجارة كالدين والوديعة والغصب والعارية، وإنما كان الصغير المميز المأذون فيها يصح إقراره مثل البالغ إذ إعطاء الإذن له=

٢٣٠- المادة: يشترط في الإقرار رضا المقر فلا يصح الإقرار الواقع بالجبر والإكراه. (١)

٢٣١- المادة: يشترط أن لا يكون المقر محجوراً من قِبل الحاكم كالمديون الذي حجره الحاكم بطلب الغرماء، وأن لا يكون عبداً ولا نائماً ولا مغمى عليه ولا هازلاً ولا متهماً كاقراره في مرض الموت بالدين لبعض ورثته، ولا يكون محالا عقلياً كإقراره لرجل في وقت هو مات قبل ذلك، وأن لا يكون محالاً شرعياً كرجل ترك ابناً وبنتاً فأقر الابن أن الميراث بينهما نصفان لأن هذا خلاف الشرع.

٢٣٢- المادة: يشترط لصحة الإقرار أن لا يكذبه ظاهر الحال فلا يصح إقرار الصبي بقوله بلغت إذا لم تتحمل جثته البلوغ، وقس على هذا. (المجلة)

٢٣٣- المادة: يشترط أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة كاقراره بأن هذا المال الذي في يدي لأحد من أهل البلدة الفلانية فإنه لا يصح بخلاف ما لو أقر أنه لأحد هذين الرجلين لأنه جهالة يسيرة. (٢)

=دليل على كونه عاقلا، ولأنه لو لم يصح إقراره في تلك الخصومات لابتعد الناس عن معاملته فلذلك قد عد إقراره بتلك الخصومات من لوازم التجارة.

(١) لأن الإقرار خبر محتمل الصدق والكذب ففي حالة الإختيار يرجح طرف الصدق على جانب الكذب ويكون حجة، وأما في وقت الإكراه فبالعكس فلا يكون حجة.

(٢) والمال لهما إذا اتفقا أن يأخذا ذلك المال، ويملكانه بعد الأخذ بالاشتراك. وإن اختلفا فلكل منهما أن يطلب من المقر اليمين على عدم كون المال له فإن نكل المقر عن يمين الاثنين يكون ذلك المال كذلك مشتركا بينهما، وإن نكل عن يمين أحدهما فيكون ذلك المال مستقلا لمن نكل عن يمينه، وإن حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما، ويبقى المال في يده. (المجلة المادة–١٥٧٨)

٢٣٤-المادة: لا يشترط أن يكون المقر له عاقلاً فصح الإقرار للصغير الغير المميز ولا يتوقف صحة الإقرار على قبول المقر له، ولكن يكون مردوداً برده.

٢٣٥-المادة: صح الإقرار بالمشاع[١] كما لو أقر لأحد بنصف العقار الذي في يد المقر، وصح إقرار الأخرس بإشارته المعهودة [٢] لكن إقرار الناطق بإشارته لا يعتبر مثلاً لو قال أحد للناطق هل لفلان عليك كذا دراهم فخفض رأسه لا يصح.

٢٣٦-المادة: لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد، ولو أدعى واحد كونه كاذباً في إقراره يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً مثلاً أعطى أحد سنداً للآخر محرر فيه أنه استقرض كذا دراهم من فلان ثم قال وإنني وإن كنت أعطيت هذا السند لكنني ما أخذت المبلغ المذكور يحلف المقر له بعدم كونه كاذباً في إقراره. (المجلة) [٣]

---

(١) المجلة المادة -١٥٨٥- لأن الإقرار إخبار وليس بإنشاء ولو كان انشاء لكان هبة فإن التمليك بلا بدل هبة ولما جاز بمشاع قابل القسمة.

(٢) المجلة المادة -١٥٨٦- أي إقراره بغير الحدود، والإشارة المعهودة تكون بأعضائه كاليد والحاجب، وفي هذه الصورة إذا كان القاضي واقفا على معنى إشارة الأخرس فبها، وإلا يسأل من إخوان الأخرس أو أصدقائه الذين يعرفون ما هو المقصد من تلك الإشارة، وهؤلاء يوضحون ويفسرون بحضور القاضي مقصد الأخرس، ويجب أن يكون هؤلاء عدولا، وممن يقبل قولهم؛ لأنه لا يعتمد كلام الفاسق. (درر الحكام)

(٣) المجلة المادة -١٥٨٩- هذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، في الدر المختار: أقر ثم ادعى المقر أنه كاذب في الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا في إقراره عند الثاني وبه يفتى، درر، آه اعلم أن تحليف المقر له مقيد بأن لا يكون المقر محكوما عليه بالإقرار فإن كان محكوما عليه به=

=لا يحلف، وصورته أن يكون منكرا للإقرار فيثبته مدعيه بالبينة ويحكم عليه القاضي به ثم يدعي انه كان كاذباً فيه فلا يحلف، كذا في شرح المجلة للأتاسي ج٤ص٦٥٠).

الفصل الثاني في إقرار المريض [١] وتعريف مرض الموت

٢٣٧- المادة: مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة إن كان من الذكور ورؤية مصالحه الداخلة إن كان من الأناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه وإن اشتد مرضه ومات بعد ذلك فمن وقت الاشتداد إلى الوفاة حالة مرض موت. (المجلة) [٢]

---

[١] اعلم أن المريض المقر إما أن يكون لا وارث وحكم ذلك سيبين في المادة -٢٣٨- وإما أن يكون له وارث واحد، وفي هذة الصورة إما أن يكون ذلك الوارث لا حق له في احراز جميع التركة كالزوج والزوجة وحكمه أيضاً في تلك المادة، وإما أن يكون ذلك الوارث له حق احراز جميع التركة كالأب والابن فإقراره لذلك الوارث وعدمه سواء فإنه يحرز جميع التركة في الحالين، وإما يكون الوارث أكثر من واحد فحكم إقراره لأحد الورثة سيبين في المادة -٢٣٩- وأما إقراره للأجنبي في جميع صور فحكمه سيبين في المادة -٢٤١).

[٢] المجلة المادة -١٥٩٥- حاصل هذه المادة أنه يعد الإنسان مريضا مرض موت بثلاثة شروط، الشرط الأول: أن يكون ذلك الشخص في حال يكون فيه خوف الموت في الأكثر، وعليه فالمحصور في القلعة، والجندي الذي يكون في ساحة الحرب لا يكون مريضا بمرض الموت بمجرد كونه محصورا أو محاربا؛ لأنه يحصل الخلاص من المحاصرة في الأكثر، والشرط الثاني: أن لا يكون قادرا على رؤية مصالحه وأشغاله الخارجية إذا كان رجلا، وأن لاتكون قادرة على رؤية مصالحها الداخلية إذا كانت امرأة، والشرط الثالث: أن يتصل به الموت بأن لا يمر عليه سنة وهو على حالة واحدة في ذلك=

٢٣٨-المادة: إقرار من لم يكن له وارث أو لم يكن له وارث سوى زوجته أو المرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الموت يعتبر فَلَو أقر من لا وارث له بجميع المال لغيره.

أو أقر من لا وارث له سوى زوجته بجميع ماله لزوجته يصح وليس لأمين بيت المال أن يتعرض لتركته.

٢٣٩- المادة: إذا أقر أحد في مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفاً على إجازة باقي ورثته ولكن إن صدقه الورثة في حال حياته فليس لهم الرجوع عن تصديقهم.

٢٤٠- المادة: الإقرار بالأمانة للوارث صحيح بكل حال ولو أقر أحد حال مرضه بمال لأحد ورثته وأفاق بعد إقراره من ذلك المرض يكون إقراره هذا معتبرا.

٢٤١-المادة: إقرار المريض بدين أو عين لأجنبي في مرض موته صحيح وإن أحاط بجميع ماله لكن ديون الصحة مقدمة على ديون المرض.

=المرض، ولو امتد مرضه سنة وهو على حالة واحدة لا يكون مرض موت إلا إذا زاد المرض إلى أن مات فيعتبر مرض موت من حين زيادته، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

وفي حكم المريض مرض الموت من يغلب على حاله الهلاك كالشخص الذي يبقى على خشبة من السفينة بعد غرقها، والشخص الذي يتبارز مع آخر، والشخص الذي يصير إخراجه لساحة الإعدام لإجراء القصاص.

٢٤٢- المادة: ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه والقرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً. (١)

٢٤٣- المادة: الكفالة بالمال من أي جهة كان فهو في حكم الدين الأصلي فَلَو تكفل المريض دين وارثه لا يكون نافذاً وإذا كفل للأجنبي يعتبر من ثلث ماله، وإذا أقر في مرض موته بكونه قد كفل في حال صحته يعتبر إقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة إن وجدت. (٢)

---

(١) المجلة المادة –١٦٠٤– الحاصل أن حق كل الغرماء قد تعلق بجميع الأموال الموجودة فإذا أدى دين بعضهم يبطل حق باقيهم وليس له ذلك، ولو فعل ثم مات فإن لم تف تركته ديونه فللغرماء الآخرين أن يدخلوا ما أدى إلى تقسيم الغرامة، وأن يأخذوا حصتهم منه بنسبة دينهم، ويستثنى من ذلك النقود التي استقرضها، وثمن المال الذي اشتراه أثناء مرضه إذا كان الثمن بمثل القيمة، أما إذا كان الثمن زائدا فتكون الزيادة تبرعا ووصية، ويشترط أن يثبت الاشتراء والاستقراض بالبينة وليس بإقرار المريض المجرد؛ لأن فيه تهمة. (درر الحكام)

(٢) المجلة المادة –١٦٠٥– اعلم أن كفالة المريض على ثلاثة أوجه: الوجه الأول: أن يكفل في حال الصحة كفالة معلقة بالسبب، ويحصل ذلك السبب حال المرض، مثلا لو قال أحد لآخر: إنني كفيل لمطلوبك الذي سيثبت في ذمة فلان ثم ثبت ذلك في مرض موت الكفيل، فتكون كفالته صحيحة ويكون الدين كدين الصحة، والوجه الثاني: أن يخبر المريض حال مرضه بأنه كفل في زمن الصحة فهذا يكون بمنزلة دين المرض، ويعد المكفول له من غرماء المرض، والوجه الثالث: أن ينشئ المريض الكفالة في مرض موته فهذه الكفالة تعتبر في ثلث ماله فقط كالوصايا الأخرى.

الفصل الثالث في بيان الإقرار بالكتابة

٢٤٤- المادة: الإقرار بالكتابة كالاقرار باللسان لو أمر كاتباً بقوله أكتب لي سنداً أني مديون لفلان كذا دراهم ووضع فيه إمضاءه أو ختمه يكون من قبيل الإقرار بالكتابة كالسند الذي بخط يده. (١)

٢٤٥-المادة: القيود التي في دفاتر التجار هي من قبيل الإقرار بالكتابة، مثلاً لو كان أحد التجار قد قيد في دفتره انه مديون لفلان بمقدار كذا يكون معتبراً كاقراره الشفاهي، وأفتى به قاري الهداية وجرى عليه القاضي أبو علي النسفي، ومثله في رد المحتار جلد٤ص٣٩٣). (٢)

---

(١) المجلة المادة –١٦٠٧– اعلم أن الكتابة والخط من أهم وألزم الأشياء للإنسان وبها يقتدر على استحصال منافع كثيرة، وعلى تأمين حقوق مهمة، ومن المروي عن ابن عباس أن المقصود من الأثارة في الآية الجليلة {أو أثارة من علم}]الأحقاف: ٤[الخط الحسن، وقد أخذ في هذا الزمن للعمل بالكتابة والخط أهمية عظمى فقد قصر إثبات كثير من الحقوق، ولا سيما السندات والمقاولات على الخط فلذلك لا يجوز عد كل خط معمولا به ومدارا للثبوت، كما أنه لا يجوز ألا يعمل بالخط مطلقا؛ إذ يؤدي ذلك إلى إبطال الحقوق فلذلك قد اتخذ طريق متوسط، وهو بناء على أصلين:

الأصل الأول: لا يعتمد على الخط الذي فيه شائبة تزوير، ولا يتخذ ذلك الخط مدارا للحكم عند المنازعة، والأصل الثاني: يعمل بالخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع؛ لأن أكثر معاملات الناس تحصل بلا شهود فإن لم يعمل بالخط يستلزم ضياع أموال الناس،(درر الحكام) وقد مر بعض بيانه وقيوده في شرح القاعدة –٦٩).

(٢) المجلة المادة –١٦٠٨– ذكر في ردالمحتار بعد التفصيل وأقوال الفقهاء: ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه، فإنه لو ادعاه=

٢٤٦- المادة: إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه لأحد ممضى عليه أو مختوماً يكون معتبراً إن كان مرسوماً أي موافقاً للرسم والعادة والوثائق التي تعلم القبض للمسماة بالوصول هي من هذا القبيل أيضاً أي معتبر. (١)

٢٤٧- المادة: إذا أنكر من كتب سنداً أو استكتبه وأعطاه ممضى عليه أو مختوماً الدينَ الذي حواه فلا يعتبر انكاره إن كان خطه وختمه مشهوراً أو متعارفاً ويعمل بذلك السند، وإن لم يكن خطه وختمه متعارفاً يستكتب ذلك المنكر ويعرض على أهل الخبرة فإن أخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر على إعطاء الدين، والحاصل يعمل بالسند إن كان بريئاً من شائبة التزوير والتصنيع، وإن لم يكن بريئاً وأنكر المديون كون السند له يحلف بطلب المدعي على أن السند ليس له وأنه ليس بمديون للمدعي. (٢)

=بلسانه صريحا لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه ولذا قيده في الخزانة بقوله كتب على نفسه، آه. (ج٤ ص٣٩٣ مطلب في دفتر البياع والصراف والسمسار)

(١) المجلة المادة –١٦٠٩– في درر الحكام: أما إذا كان صاحب الإمضاء أو الختم غير واقف على اللغة التي حرر بها السند، وادعى بأنه وقع إمضاؤه بدون علم مآل السند فلا يؤاخذ بالسند ما لم يثبت بأن السند قرئ عليه وشرح وفسر مضمونه له، وأنه أمضى أو ختم السند بعد أن وقف على تمام مضمونه سواء أكان السند يتضمن الدين، أو البيع، أو التصرفات الأخرى، آه.

(٢) المجلة المادة –١٦١٠– في رد المحتار: إذا ادعى رجل مالا وأخرج بالمال خطا وادعى أنه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقضى بذلك فإنه لو قال هذا خطي وليس علي هذا المال كان القول قوله يستثنى منه ما إذا كان الكاتب سمسارا أو صرافا أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه كذا في قاضي خان اه. (ج٤ ص٣٩٢)

ولا يصح الإقرار في حدود الله تعالى لا بالكتابة ولا بالإشارة ولا بالسكوت بل بالعبارة فقط ولو ممن لا يقدر كالاخرس. (المجلة والأصول القضائية)

٢٤٨- المادة: إذا أعطى سند دين مرسوماً ثم مات يلزم ورثته إيفاءه من التركة إن كانوا معترفين بكون السند للمتوفى، وأما إذا كانوا منكرين فيعمل بذلك السند إذا كان خطه وختمه متعارفاً. (المجلة)

٢٤٩- المادة: إذا ظهر كيس مملو بالنقود في تركة أحد محرر عليه بخط الميت أن هذا الكيس مال فلان وهو عندي أمانة يأخذه ذلك الرجل ولا يحتاج إلى إثبات من وجه آخر. (المجلة) [1]

---

[1] المجلة المادة -١٦١٢- وإنما لا يحتاج إلى إثبات آخر كالبينة؛ لأن العادة تشهد بأن الإنسان لا يحرر عبارة كهذا على ماله، كذا في ردالمحتار.

الفصل الرابع في بيان المسائل التي يعد السكوت فيها إقراراً حكمياً

٢٥٠-المادة: الأصل عند الفقهاء أن لا ينسب لساكت قول كما مر في الكليات إلاّ انهم استثنوا من ذلك مسائل وهي هذه. (الأصول القضائية)

٢٥١-المادة: سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج وبعده عند علمها به إذا زوجها الولي يكون رضاً [1]كقولها رضيت وأجزت.

٢٥٢- المادة: سكوتها عند قبض المهر لو قبض المهر أبوها أو مَن زوجها يكون إذناً منها بقبضه إلاّ أن تقول لا تقبض مهري.

٢٥٣- المادة: سكوت الصبية إذا بلغت بكراً يكون رضاً مبطلاً لخيار بلوغها لا لو بلغت ثيباً.

٢٥٤- المادة: سكوت الوكيل عند التوكيل يعتبر رضاً بالتوكيل وقبولا له فَلَو باشر بعد ذلك العمل الموكل فيه صح.

٢٥٥-المادة: سكوت البائع عند قبض المشتري المبيع قبل نقد ثمنه يعتبر منه إذنا بقبضه.

٢٥٦- المادة: سكوت الشفيع بعد علمه بالبيع يعتبر رضاً منه وتنازلاً عن حق الشفعة.

٢٥٧- المادة: سكوت الوصي في حياة الموصي بعد علمه بالوصاية يعتبر قبولاً منه لها فَلَو باع شيئًا من تركة الموصي بعد موته أو تقاضى دينه جاز.

---

[1] أما لو زوجها غير الولي أو زوج الولي والأقرب منه موجود فليس برضا فلو زوج الجد مع قيام الاب لا يكون سكوتها رضا، كذا في تقريرات الرافعي.

٢٥٨-المادة: سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته إقرار منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك.

٢٥٩- المادة: سكوت المشتري عند اخباره بالعيب قبل اقدامه على الشراء يعتبر رضاً بالعيب حتى لو اشتراه بعد ذلك لم يكن له أن يرده بذلك العيب.

٢٦٠- المادة: سكوت المرأة أو الولد أو القريب عند بيع العقار بحضرته إقرار من الحاضر بملكية البائع للعقار المبيع حتى لم يكن للحاضر أن يدعي على المشتري ملكيته للعقار المبيع وذلك قطعاً للأطماع الفاسدة.

٢٦١- المادة: سكوت ولي الصبي عند رؤية الصبي يبيع ويشتري يعتبر إذنا منه له بذلك.

٢٦٢- المادة: سكوت أب البنت عند رؤيته زوجته تدفع لها في تجهيزها أشياء من بيته يعتبر إذنا منه لها في ذلك فليس له بعد ذلك استرداد ما دُفع.

٢٦٣- المادة: سكوت المزكي[1] عند سؤاله عن الشاهد يعتبر منه تعديلاً له. (الأصول القضائية من ص٧٢ إلى ص٧٤)

---

[1] أي في العلانية لأن السكوت في السرية جرح وتفسيق كما مر.

(تتمة) ذكر في تكملة ردالمحتار مسائل زائدة على ما ذكرت يعد فيها السكوت مثل القول أيضاً.

منها: بكر حلفت أن لا تتزوج نفسها فزوجها أبوها فسكتت حنث في يمينها كرضاها بكلام.

ومنها: تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه يثبت ولا يحتاج إلى قبوله قولا، بخلاف الهبة.

ومنها: قبض هبة وصدقة بحضرة المالك وهو ساكت كان إذنا بقبضه.

ومنها: لو أبرأ مديونه فسكت المديون يبرأ ولو رد يرتد برده.=

=ومنها: الاقرار يصح ولو سكت المقر له ويرتد برده.

ومنها: الامر باليد إذا سكت المفوض إليه صح ويرتد برده.

ومنها: الوقف على رجل معين صح ولو سكت الموقوف عليه ولو رده، قيل يبطل، وقيل لا.

ومنها: تواضعا على تلجئة ثم قال أحدهما لصاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعا صحيحا، فسكت الآخر ثم تبايعا صح البيع وليس للساكت إبطاله بعد ما سمع قول صاحبه.

ومنها: سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا، كما لو أسر قن لمسلم فوقع في الغنيمة وقسم ومولاه الاول حاضر فسكت بطل حقه في دعوى قنه.

ومنها: لو كان المشتري مخيرا في قن شراه فرأى القن يبيع ويشتري فسكت بطل خياره، ولو كان الخيار للبائع لا يبطل خياره.

ومنها: لو حلف المولى لا يأذن لقنه فرآه يبيع ويشتري فسكت يحنث في ظاهر الرواية، لا في رواية عن أبي يوسف.

ومنها: الحاضر عند البيع لو بعث البائع إلى المشتري وتقاضاه الثمن لا يسمع دعواه الملك لنفسه بعده لانه يصير مجيزا للبيع بتقاضيه.

ومنها: رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت سقط دعواه.

ومنها: لو قال الوكيل بشراء شئ بعينه لموكله إني أريد شراءه لنفسي فسكت موكله ثم شراه يكون للوكيل.

ومنها: سكوت رجل رأى غيره شق زقه حتى سال ما فيه يكون رضا.

ومنها: سكوت الحالف بأن لا يستخدم فلانا: أي مملوكه ثم خدمه فلان بلا أمره ولم ينهه حنث.

ومنها: باع أمة وعليها حلي وقرطان ولم يشترط ذلك لكن تسلم المشتري الامة وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان الحلي لها.

ومنها: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة، انتهى بحذف شيء.(ج٢ ص٩٦)

الفصل الخامس في إقرار السكران

٢٦٤- المادة: السكران عند الإمام رحمه الله تعالى من لا يعرف الأرض من السماء، وعند الصاحبين رحمهما الله تعالى من يكون في كلامه هزيان واختلاط وبه أخذ اكثر المشائخ.

٢٦٥- المادة: إن سكر بطريق مباح كشرب مكره ومضطر وشرب دواء لا تعتبر تصرفاته ولا إقراره بجميع أنواعها بل يكون حكمه حكم المغمى عليه إلاّ في سقوط قضاء الصلاة إذا بلغت ستاً فإنه في الاغماء لا يجب قضاءها وفِي السكران يجب.

٢٦٦- المادة: وإن كان السكر بطريق محظور فهو كالصاحي فتصح جميع أقاريره وتصرفاته ويؤاخذ بها زجراً له إلا إقراره بالردة والحدود فإنه لا يصح.

الباب السادس في النكول [١]

الفصل الأول في شرائط اليمين

٢٦٧- المادة: إن لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير حاضرة لا بمجلس القضاء ولا بالمصر [٢] كان له حق في تحليف خصمه اليمين الشرعية على نفي دعواه، وإنما تجب اليمين على المدعى عليه بشروط.

٢٦٨- المادة: الأول أن تكون الدعوى صحيحة فَلَو كانت الدعوى فاسدة بأن نقص شرط من شروط صحتها لم تجب اليمين على المدعى عليه إذ لا يجب عليه الجواب فضلاً عن اليمين.

٢٦٩- المادة: الثاني إنكار المدعى عليه الحق المدعى به فَلَو كان مقراً لم تجب اليمين عليه ولَم يجز تحليفه.

---

[١] إنما عبر بالنكول دون اليمين لأن القضاء بالنكول هو قضاء الاستحقاق بخلاف اليمين فإن القضاء به هو قضاء الترك، فلذا إذا حلف المدعى عليه اليمين فلا يبطل حق المدعي فإذا ظفر المدعي بعد اليمين ببينة فله إقامتها وإثبات دعواه وفي تلك الحال يحكم بالمدعى به للمدعي؛ لأن عمر قد قبل بعد يمين المنكر بينة المدعي كما أن القاضي شريحا قد قال: اليمين الفاجرة أحق بالرد من البينة العادلة، كذا في درر الحكام.

[٢] وكذا إذا كان للمدعي شهود لكنهم ممتنعون عن الشهادة فله حق في تحليف الخصم كما في درر الحكام، وإنما كان حقه في التحليف بعد عجزه عن البينة لأن اليمين خلف عن البينة فلا يذهب إلى الخلف ما لم يحصل العجز عن الأصل إلا في مسائل سيجيئ ذكرها، فلذا لو قال المدعي: إن شهودي حاضرون فأطلب تحليف المدعى عليه اليمين أولا ثم أقيم شهودي، فلا يلتفت إليه.

٢٧٠- المادة: الثالث أن لا يكون المدعى به حقاً خالصاً لِله تعالى فَلَو كان من حقوق الله تعالى الخالصة كالحدود وما في معناها كاللعان لم يجز تحليفه عليها لأن التحليف لأجل النكول والنكول إما بذل أو إقرار فيه شبهة العدم والحدود لا تحمل البذل ولا تثبت بالإقرار فيه شبهة.

٢٧١- المادة: ولما كانت السرقة مشتملة على حقوق العبد وهو المال وحق الله تعالى وهو الحد فيحلف في السرقة على أخذ المال فإن نكل ضمن ولا قطع عليه.

٢٧٢- المادة: والرابع أن يكون المدعى به مما يحتمل الإقرار به شرعاً من المدعى عليه فإن لم يكن كذلك لم يجز التحليف مثلاً أدعى رجل على آخر أنه أخوه ولَم يدع في يده ميراثاً فأنكر لا يحلف لأنه لو أقر بالأخوة لم يصح لما فيه من تحميل النسب على الغير.

٢٧٣- المادة: الخامس طلب المدعي تحليفه فَلَو لم يطلب لم تجب على المدعى عليه اليمين، هذا هو الأصل إلا أنهم استثنوا منه مسائل قالوا إنه يحلف فيها بغير طلب.

بيان المستثنيات التي تجب اليمين فيها من غير طلب المدعي [1]

٢٧٤- المادة: المسألة الأولى الشفيع إذا طلب من القاضي أن يقضي له بالشفعة فإنه لا يقضي إلا بعد أن يحلف بِالله انه طلب الشفعة حين علم بالشراء وإن لم يطلب

---

[1] انظر تفصيل هذه المسائل في شرح المجلة للأتاسي في توضيح المادة -١٧٤٦) وقد ذكر فيه زيادة على ما ذكر مسألة الاباق أن مدعي الاباق يحلف مع البينة بِالله تعالى انه باق على ملكه إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة.

المشتري ذلك، هذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يستحلف القاضي بدون طلب.

٢٧٥-المادة: الثانية البكر إذا بلغت فاختارت الفرقة فالقاضي لا يحكم بها إلا بعد أن تحلف بِالله انها اختارت الفرقة حين بلغت وإن لم يطلب الزوج، وهذا عند أبي يوسف لا عندهما.

٢٧٦-المادة: الثالثة المشتري إذا أراد رد المبيع بالعيب على بائعه يحلف بِالله انك لم ترض بالعيب ولا عرضته على البيع مذ رأيته وإن لم يطلب البائع، هذا عند أبي يوسف لا عندهما. (الأصول القضائية)

٢٧٧-المادة: الرابعة المرأة إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة في مال الزوجِ الغائب لا يفرض لها إلا بعد أن تحلف بِالله انه لم يطلقها ولَم يترك لها شيئًا ولا أعطاها النفقة حين خرج، وفِي فصول العمادي يجب أن تكون مسألة النفقة في قولهم جميعاً.

٢٧٨-المادة: الخامسة المستحق إذا استحق عيناً في يد آخر فإنه لا يحكم له بها إلا بعد أن يحلف بِالله ما باعها ولا وهبها ولا تصدق بها وإن لم يطلب الخصم، هذا عند أبي يوسف لا عندهما.

٢٧٩-المادة: السادسة من أدعى ديناً أو عيناً على ميت لا يحكم له بما يدعى إلا بعد أن يحلف بِالله انه ما استوفى حقه لا بذاته ولا بالواسطة وهذا بالاتفاق.

الفصل الثاني في بيان الأمور التي لا تحليف فيها عند الإمام [1]

٢٨٠- المادة: قال الإمام رحمه الله تعالى لا يجري الاستحلاف في الأشياء السبعة الآتية، وقال الصاحبان رحمهما الله تعالى يجري فيها، الأول منها النكاح صورته أن يدعى رجل على امرأة انها زوجته وهي منكرة ولا بينة له وطلب تحليفها على نفي دعواه أو تدعى امرأة على رجل انها زوجته وهو ينكر وطلبت تحليفه فلا يحلف المنكر في هاتين الصورتين عند الإمام خلافاً لهما.

٢٨١- المادة: الثاني الرجعة وهي ان تدعى المرأة بعد انقضاء عدتها ان زوجها راجعها في العدة وهو ينكر ولا بينة لها وطلبت تحليفه أو يدعى الرجل بعد انقضاء عدتها انه راجعها في العدة وهي تنكر ولا بينة له فلا حلف فيهما عند الإمام خلافاً لهما.

٢٨٢- المادة: الثالث الفيئ مثلاً أن يدعى الرجل على المرأة التي آلىٰ منها بعد مضي مدة الإيلاء أنه فاء ورجع إليها في المدة وهي تنكر ولا بينة له وطلب تحليفها أو تدعى هي عليه كذلك وهو ينكر فلا حلف عند الإمام خلافاً لهما.

٢٨٣- المادة: الرابع النسب مثلاً أن يدعى رجل على آخر انه أبوه وهو ينكر ولا بينة للمدعي وطلب تحليفه أو يدعى على آخر أنه ابنه وهو ينكر ولا بينة له وطلب تحليفه فالجواب كما مر.

---

[1] هذا الاختلاف بناء على الاختلاف في النكول فإنه عنده بذل والبذل لا يجري في هذه الأشياء، وعندهما إقرار والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحد، فعدم الاستحلاف في الحدود واللعان اتفاقي، كذا في البحر.

٢٨٤- المادة: وقس على ذلك دعوى الرق والولاء والاستيلاد فلا تحليف فيها. [(١)] (التكملة)

واختار المتأخرون أن المنكر إن كان متعنتاً يحلف أخذاً بقولهما وإلا أخذ بقول الإمام. [(٢)]

الأشياء التي يحلف فيها مع إقامة البينة

٢٨٥- المادة: المسألة الأولى رجل أدعى ديناً في التركة وأثبته بالبينة فالقاضي لا يحكم له بهذا الدين إلا بعد أن يحلف بِالله ما استوفى دينه من المديون الميت ولا من أحد أداه إليه عنه ولا قبضه قابض بأمره ولا أبرأه منه ولا من شيء منه ولا أحيل به أو بشيء منه ولا عنده به أوبشيء منه رهن، ومثل ذلك أيّ حق أدعى في التركة وأثبته بالبينة وهذا بالاتفاق وهذه اليمين ليس بحق الوارث بل للتركة لجواز أن يكون للميت غريم آخر أو موصى وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وحكم به لم ينفذ حكمه.

٢٨٦- المادة: المسألة الثانية رجل أدعى استحقاقاً في مبيع وأثبته بالبينة فالقاضي يحلفه بِالله أنه ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرجت العين من ملكه وإن لم يطلب

---

(١) وصورة الرق أن يدعي على مجهول الحال أنه قنه أو يدعي مجهول الحال على رجل أنه عبده ، وصورة الولاء أن يدعي أنه مولاه الأسفل أو الأعلى، وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى.

(٢) واطلق بعضهم الفتوى على قولهما، وفِي البحر:واختار المتأخرون من مشايخنا على أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه فإن رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما، وإن رآه مظلوما لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة، وفي الولوالجية الفتوى على قولهما، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، آهـ. (ج٧ ص ٢٠٨)

الخصم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى خلافا لهما فإن عند هما يحلف بشرط طلب الخصم.

٢٨٧-المادة: المسألة الثالثة رجل أدعى ملكية عبد آبق وبرهن يحلفه القاضي بِالله انه باق على ملكه إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة. (الأصول)

الفصل الثالث في التحليف على العلم أو البتات

٢٨٨- المادة: الدعوى إما أن تكون على فعل المدعى عليه من كل وجه أو على فعل غير المدعى عليه من كل وجه أو على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غير المدعى عليه من وجه آخر، فإن كان على فعل المدعى عليه من كل وجه كأن ادعي عليه انه سرق أو غصب أو قتل أو ما أشبه ذلك أو وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه بأن قال له المدعي اشتريتَ مني أو استأجرتَ مني أو ما أشبه ذلك وانكر المدعى عليه وعجز المدعي عن البينة وطلب اليمين فإن القاضي يحلفه على البتات والجزم لا على العلم فيحلف بِالله ما سرق أو ما غصب أو ما قتل وهكذا.

٢٨٩- المادة: وأما إذا وقعت الدعوى على فعل غير المدعى عليه من كل وجه كما إذا أاعي على وارث ان أباه أتلف له شيئًا أو سرق أو غصب وما أشبه ذلك وأنكر المدعى عليه وطلب المدعي يمينه فإن القاضي يحلفه على العلم دون البتات لأن علم المرء لا يحيط بأفعال غيره فيحلفه بِالله ما يعلم أن أباه سرق أو غصب. (١)

---

(١) يستثنى من هذا الرد بالعيب، فإن المشتري إذا أدعى على البائع أن العبد آبق وأثبت إباقه في يد نفسه وأدعى أنه أبق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف البائع على البتات بِالله ما أبق في يده، مع أن الإباق فعل العبد، لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب، والتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات كذا في شرح المجلة للأتاسي، وفيه أيضا: ثم إنما يحلف في فعل الغير على العلم إذا قال المنكر لا علم لي بذلك، وأما إذا قال لي علم بذلك فيحلف على البتات،آه أمثلته: - ١- إذا ادعى المستودع بأن المودع قد قبض الوديعة التي لديه وأنكر المودع ذلك فيحلف المستودع على البتات -٢- إذا أقر الوكيل بالبيع بعد بيعه المال حسب الوكالة وتسليمه إلى المشتري بأن موكله قد قبض الثمن وأنكر الموكل القبض فيحلف الوكيل على أن موكله قد قبض الثمن. (درر الحكام)

٢٩٠-المادة: وكل موضع وجبت اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبراً فَلَو حلف لا تندفع عنه الخصومة ولو نكل لا يقضي عليه بالحق، ولو وجبت على العلم فحلّف على البتات فحلف اعتبرت هذه اليمين وسقط عنه الحلف بالعلم لأن البتات أقوى وإن نكل لا يحكم عليه بذلك النكول لأنه حكم على يمين غير مستحقة.

الفصل الرابع في كيفية اليمين

٢٩١-المادة: يحلف المنكر بِالله تعالى لا بالطلاق ولا العتاق على الصحيح، وقيل يحلف بهما لفساد الزمان وقلة مبالاة الناس في الحلف بِالله [١]لكنهم اتفقوا لو نكل على الحلف بالطلاق والعتاق فلا يحكم بسبب هذا النكول فلا فائدة في التحليف لما ذكر. [٢] (الأصول القضائية)

---

[١] وهو خلاف الظاهر الرواية كما في البحر، والعمل بخلاف ظاهر الرواية جائز عند الحاجة، في البحر: وفي منية المفتي لم يجزه أكثر مشايخنا، وإن مست إليه الضرورة يفتى أن الرأي فيه للقاضي اتباعا للبعض اهـ. (ج٧ ص٢١٣)

[٢] في البحر: وفي خزانة المفتين: فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل، وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر اهـ.وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر من أنه لا تحليف بهما فلا اعتبار بنكوله عنهما، وأما من قال بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضي به؛ لأن التحليف بهما لرجاء النكول فيقضى به، وإلا فلا فائدة، انتهى، واعتمد على ما في البحر صاحب التنوير كما في الدر المختار، لكن رد عليه ابن عابدين حيث قال في منحة الخالق: والظاهر من كلام الزيلعي خلافه حيث قال: وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحلفه بهما إذا ألح الخصم لكن إذا نكل لا يقضي عليه بالنكول ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ. اهـ، قال: وفي حاشية أبي السعود، وفي الدر عن مصنف التنوير أنه اعتمد ما في البحر لكن نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي ما محصله أن فائدة التحليف بهما على القول بأنه يجوز، وإن كان لا يقضى عليه بالنكول اطمئنان خاطر المدعي إذا حلف فربما كان مشتبها عليه الأمر بنسيان ونحوه فإذا حلف له بهما صدقه. اهـ، قلت بل في الغالب يمتنع عنه إذا كان كاذبا خوفا من طلاق زوجته وعتق عبده فله فائدة تأمل، انتهى عبارة المنحة. (ج٧ ص٢١٣، كذا في رد المحتار)

٢٩٢-المادة: والمدعى عليه إما أن يكون مسلماً أو كافراً فالمسلم يحلّفه القاضي بِالله تعالى وخُيّر بين أن يغلظ بذكر شيء من صفاته وبين أن يخفف، وقيل يغلظ إن كان فاسقاً ويخفف إن كان صالحاً لكن لا يغلظ بزمان ولا مكان.

٢٩٣-المادة: وإن كان كافراً فالنصراني يحلفه القاضي بِالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، واليهودي بِالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلف بِالله تعالى فقط، ولَم يذكروا الدهري لكن قواعدهم تقتضي تحليفه بِالله تعالى [1]، هذا كله إذا كان ناطقاً.

---

[1] في شرح المجلة للأتاسي بعد ذكر كيفية تحليف اليهودي والنصراني: ثم التحليف بالكيفية المتقدمة إنما هي في حق الملل الغير المسلمة الذين يعترفون بوجود الصانع جل وعلا، وأما الدهرية والزنادقة والاباحية ممن لا يعترفون بواجب الوجود سبحانه وتعالى ففيم يحلف أولئك الضالون الخاسرون قال عبد الحليم في حاشيته على الدرر إنهم إلى يومنا هذا لم يتجاسروا لإظهار نحلهم ومعتقداتهم حقق الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة، آهـ، (ج٥ ص٤٠٤) فيعلم منه أنهم إذا لم يقدروا على إظهار مللهم ألحقوا بالمشركين فيعدون منهم حكماً على أنه قد صرح في بعض الكتب أنهم يقرون به تعالى ولكن ينفون القدرة القدرة عنه تعالى فظهر أن الكفرة بإسرهم يعتقدون الله تعالى فيستحلفون بِالله تعالى سواء كان المستحلب ممن يعتقد الله تعالى أولا، فإنه وإن لم يعلم الله تعالى فإن الله تعالى يعلمه فإذا حلف به كاذباً فَالله تعالى يقطع دابره، كذا في تكملة ردالمحتار ج١ص ٣٥٦) وأما الصائبة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام استحلفوا بالذي أنزل الصحف على إدريس عليه السلام، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذي خلق الكواكب. (التكملة)

٢٩٤- المادة: وإن كان أخرس حلفه القاضي بقوله عليك عهد الله تعالى إذا كان لهذا عليك حق فإن أشار بنعم كان يميناً وإن أشار بلا كان نكولاً. [1] (من المحل المذبور)

[1] ولو أصماً أيضاً كتب له ليجيبه بخطه إن عرفه وإلا فإشارته، ولو أعمى أيضاً فأبوه أو وصيه، ثم من نصبه القاضي، ويكون مخصصاً من قولهم أن النيابة لا تجري في الحلف. (تكملة ردالمحتار ج١ص٣٥٦)

(تتمة) اعلم أن النكول نوعان: حقيقة، وحكما، أما حقيقة، أن يقول المدعى عليه: لا أحلف. فالقاضي يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال. فيقول في كل مرة: احلف وإلا قضيت عليك بالمال. وإنما قدره بثلاث مرات؛ ليكون أبلغ في إبلاغ العذر، فإن قضى القاضي بنكوله في المرة الأولى نفذ قضاؤه؛ لأن نكوله معتبر للتورع عن اليمين الكاذبة فقد وجد دليل القضاء، لكن الإمهال وترك الاستعجال أولى، وأما النكول حكما: وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات وسكت في كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلا؛ لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه؛ ألا يرى أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيبا له، كذا هذا. (معين الحكام)

الفصل الخامس في التحالف

٢٩٥-المادة: اختلف المتعاقدان في قدر الثمن أو المبيع قضي لمن برهن وإن برهنا فلمثبت الزيادة ففي قدر الثمن للبائع وفي قدر المبيع للمشتري وإن عجزا تحالفا، وبدء بيمين المشتري ومن نكل لزمه دعوى الآخر وإن تحالفا والمبيع قائم فسخ القاضي بطلب أحدهما، ولو اختلف الزوجان في قدر المهر قضي لمن برهن وإن برهنا فللمرأة وإن عجزا تحالفا ولَم يفسخ النكاح بل يحكم بمهر المثل فقضي بقوله نفسه لو كان مهر المثل كما قال أو أقل وبقولها لو كان مهر المثل كما قالها أو أكثر وقضي مهر المثل لو بينهما. (كنز بتغير)

٢٩٦-المادة: وان اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه. (كنز)

الباب السابع في الحجج الخطية والقرينة القاطعة

٢٩٧- المادة: السندات والوثائق الخطية معتبرة لإثبات الدعاوى بشرط أن تكون مأمونة من الجعل والتزوير وأن تكون مرسومة أي مكتوبة على وفق الرسم والعادة، وبه أفتى قاري الهداية والشيخ ابن الهمام، وجرى عليه القاضي أبو علي النسفي، كذا في الأصول القضائية ص ٢٧٧).

٢٩٨- المادة: إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه وأعطاه لأحد ممضى عليه مختوماً يكون معتبراً كاقراره الشفاهي لأنه إقرار بالكتابة إن كان مرسوماً أي موافقاً للرسم والعادة، والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالأصول أيضاً معتبرة، وكذا القيود التي في دفاتر التجار، وقد مر مفصلاً في فصل الإقرار بالكتابة، كذا في المجلة الشرعية في الأحكام العدلية.

٢٩٩- المادة: القضاء بالقرينة القاطعة كما إذا رأينا إنساناً خارجاً من دار خالية عن السكان وهو خائف متغير اللون مرتعش الجسم وبيده سكين ملوثة بالدماء فدخلنا الدار فوجدنا فيها إنساناً مقتولاً ذبح في الحال فإنا نحكم بذلك أن الرجل الخارج هو القاتل بدون الاحتياج إلى دليل آخر، هذا ما ذكره ابن الغَرْسِ نقله صاحب تكملة رد المحتار، واختاره في المجلة حيث قال فلا يشتبه في كون الرجل الخارج قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كالذهاب إلى كون الشخص ربما قتل نفسه [1]،

---

[1] في المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ص٨٥) ثم ان الحكم الشرعي المنصوص عليه في هذه المسألة وجوب الدية على الخارج، فقد نصوا على أنه إذا كان رجلان في بيت لا ثالث معهما فوجد=

=أحدهما قتيلاً يضمن الآخر الدية لأن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه، آه قلت: يظهر من هذا أنه لا يثبت بالإمارة الواضحة ما يندرأ بالشبهات، وَالله تعالى أعلم.

اعلم أن الأمارات دليل من دلائل الشرع لا خلاف في الحكم بها يدل على اعتبارها الكتاب والسنة،أما الكتاب فقوله تعالى {وَجاؤُا عَلى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَالله الْمُسْتَعانُ عَلى ما تَصِفُونَ} [سورة يوسف –١٨] قال القرطبي في تفسيره: قال علماؤنا رحمة الله عليهم: لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التخريق إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التخريق، ولما تأمل يعقوب عليه السلام القميص فلم يجد فيه خرقا ولا أثرا استدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان هذا الذئب حكيما يأكل يوسف ولا يخرق القميص، انتهى.

وأما السنة فإن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بموجب اللوث في القسامة وجوز للمدعيين أن يحلفوا خمسين رجلاً ويستحقوا دم المقتول، فاستدل الفقهاء من ذلك على اعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه. (انظر شرحي المجلة لعلي حيدر والأتاسي ومعين الحكام)

والقرينة القاطعة هي القرينة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، ولأعتبارها في الشرع أمثلة كثيرة في كتب الفقهاء، منها أن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء الرجل المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانة بنت فلان التي عقدتَ عليها، وإن لم يستنطق النساء أن هذه امرأته اعتمادا على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة.

ومنها القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام ليس إلا رجوعا إلى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على أصل براءة الذمة، ومنها أن صاحب المنزل إذا قدم الطعام للضيف جاز له الإقدام على الأكل، وإن لم يأذن لفظا إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له خاصة، وليس ثم غائب ينتظر حضوره اعتبارا بدلالة الحال الجارية مجرى القطع، ومنها إذا قتل أحد شخصا دخل إلى منزله فقال القاتل: إن المقتول رجل فاسق سارق وقد دخل داري بقصد قتلي، فإذا كان المقتول معروفا بالجرائم والفسق والسرقة فلا يلزم القاتل=

وقال الخير الرملي وهذا غريب خارج عن العادة، وتردد فيه صاحب التكملة، وعندي انها حجة لأنها كالبيان، واحتمال أن المقتول قتل نفسه ليس بأقرب من احتمال كذب الشاهدين على القتل، وكما انه لا يقدح هذا لا يقدح ذلك أيضاً إلا انها لا تكفي للقصاص وهو يندرئ بالشبهة، وحجية الشاهدين من النص فتكفي بخلاف حجية القرينة القاطعة.

=قصاص ولكن تلزمه الدية استحسانا؛ لأن دلالة الحال وإن كانت توجب الشبهة في القصاص إلا أنها لا توجبها في المال.

الباب الثامن في علم القاضي

٣٠٠- المادة: القاضي إن علم الحادثة فإما حصل له العلم في زمان قضائه ومكانه أو قبل زمان قضائه أو زمان قضائه في غير مكانه، ففي الصورة الأولى يجوز قضاءه بالاتفاق في غير الحدود الخالصة كالمال والقتل والقذف وما أشبه ذلك [1]، وفي الصورتين الآخيرتين لا يجوز القضاء عند الإمام في شيء أصلا ، وقال الصاحبان يجوز فيما عدا الحدود الخالصة، وقد أفتى المتأخرون أن لا يقضي القاضي بعلمه في زماننا لفساد في القضاة والعمل على ذلك. (الأصول القضائية)

---

[1] هذا إذا كان علمه في مكان القضاء وزمانه من غير دلائل القضاء من المعاينة وسماع الاقوال مثلا وأما إن كان من دلائل القضاء مثل إقرار المدعى عليه بشروطه يقضي بها في الحدود أيضاً فإن هذا القضاء يكون بناء على الإقرار لا على علم القاضي ، وأكثر العلماء نظرا لفساد الزمان لا يعدون علم القاضي مطلقاً طريقا للقضاء ومن أسباب الحكم؛ لأن القاضي إذا حكم بعلمه يلقي نفسه تحت التهمة ويدعو إلى سوء الظن به ويكره أن يوجب أحد سوء ظن الناس فيه، والفتوى عليه في هذا الزمان، كما ذكر في كتب الفقه.

الباب التاسع في الوكالة بالخصومة

٣٠١-المادة: الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ممن يملكه إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً، أجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا مدة السفر أو مريضاً أو امرأة مخدرة وهي أنثى لا تخالط الرجال بكراً كانت أو ثيباً فيجوز له أن يوكل مدعياً كان أو مدعى عليه. (هندية باب التوكيل بالخصومة، والتكملة)

٣٠٢-المادة: والموكل لو أراد أن يوكل من غير رضى الخصم فلا يلزم عند الإمام ويلزم عند الصاحبين حتى يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل، والفقيه أبو الليث أختار قولهما للفتوى كذا في خزانة المفتين، قال العتابي هو المختار، والذي يختار في هذه المسألة انه إذا علم القاضي الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضى الخصم، وفِي الدر المختار الفتوى تفويضه للحاكم، وفِي التكملة الرد عن الحلوائي نحن نفتى أن الرأي إلى القاضي. [1]

٣٠٣-المادة: وصح التوكيل باثباب جميع الحقوق وإيفائها واستفائها إلاّ في الحدود والقصاص فإن الوكالة في استيفاء الحدود والقصاص واللعان عند غيبة الموكل لا تصح لاحتمال العفو عند حضوره. (التكملة) [2]

---

[1] يعني: والذي يختار في هذه المسألة من الجواب أن القاضي إذا علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الخصم واذا علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم. (الهندية ج٣ ص٦١٥- وردالمحتار ج٥ ص٥١٢)

[2] يعني تجوز الوكالة باثبات جميع الحقوق إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وكذا تجوز في إيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص، أما الوكالة بإيفائها فعدم صحتها مطلقا: أي مع غيبة=

٣٠٤- المادة: الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض [(١)]، والوكيل بالقبض يملك الخصومة وبقبض العين لا يملك الخصومة[(٢)]، ويصح التوكيل بالاستحلاف دون الحلف. (كنز)

=الموكل ومع حضوره أمر بين؛ لأن إيفاءها إنما يكون بتسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة، وهذا لا يصح إلا من الجاني، إذ إقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح، وأما باستيفائها فيجوز عند حضور الموكل فلذا صرح بنفي صحة الاستيفاء مع غيبة الموكل، كذا في فتح القدير.

(١) يعني الوكيل بالخصومة والتقاضي أي المطالبة لا يملك القبض لأن الخصومة غير القبض حقيقة وهي لإظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألد الناس خصومة، ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة، فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه، هذا قول زفر رحمه الله تعالى، وقال علماؤنا الثلاثة – رحمهم الله – يملك القبض عينا كان أو دينا؛ لأن الوكيل بالشيء وكيل بإتمامه، وإتمامهما يكون بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله تعالى لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء. (تبيين الحقائق)

(٢) هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل وكذا إذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل، والوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته إلا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب، وعندهما الوكيل بقبض الدين والعين لا يملك الخصومة لأن القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقول الأئمة الثلاثة، في شرح المجلة للأتاسي: والحق أن قولهما أقوى.

٣٠٥-المادة: إقرار الوكيل على موكله يعتبر إن كان في حضور الحاكم وإلاّ فلا. [١]

٣٠٦- المادة: إذا وكل أحد آخر واستثنى إقراره عليه يجوز فَلَو أقر في حضور الحاكم ينعزل من الوكالة. [٢]

٣٠٧-المادة: للموكل أن يعزل وكيله، وكذا للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة لكن إن تعلق حق الغير كمديون وكل رجلاً ببيع المرهون الذي بيد الدائن لأداء الدين فليس له ولا لموكله عزله بدون رضى المرتهن، وكما لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي وغاب ليس له عزله في غيابه.

٣٠٨-المادة: إذا عزل الموكل الوكيل يبقي على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العَزْلِ ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت.

٣٠٩-المادة: للموكل أن يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المديون لكن إن كان الدائن وكله في حضور المديون فلا يصح عزله بدون علم المديون وعلى هذه الصورة إذا أعطى المديون الدين من دون أن يعلم عزله يبرأ.

٣١٠-المادة: تنتهي الوكالة بانتهاء الموكل به وينعزل الوكيل عزلاً حكمياً.

---

(١) المجلة المادة –١٥١٧– هذا مقيد بغير الحد والقود فلا يصح إقرار الوكيل على موكله بهما للشبهة. (شرحي المجلة لعلي حيدر والأتاسي)

(٢) المجلة المادة –١٥١٨– وكذا يصح استثناء الإنكار لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعى به أمانة ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة، ولو استثنى الإقرار والإنكار جميعاً فعند البعض لا تصح لأنه لم يبق فرد تحت هذه الوكالة، وتصح عند البعض لأنه يبقي السكوت تحتها. (شرحي المجلة لعلي حيدر والأتاسي)

٣١١- المادة: ينعزل الوكيل بوفاة الموكل لكن إذا تعلق به حق الغير لا ينعزل كما مر.

٣١٢- المادة: الوكالة لا تورث يعني إذا مات الوكيل يزول حكم الوكالة ولا يقوم وارث الوكيل مقامه.

٣١٣- المادة: تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل. (المجلة)

الباب العاشر في الصلح والابراء

الفصل الأول

٣١٤- المادة: الصلح هو العقد الذي يرفع النزاع بالتراضي [١]فالذي يعقد الصلح هو المصالح، وبدل الصلح هو المصالح عليه، والشيء المدعى به هو المصالح عنه.

ثم الصلح على ثلاثة أقسام، صلح على إقرار المدعى عليه، وصلح على إنكاره، وصلح على سكوته بأن لا يقر ولا ينكر، والصلح يصح في سوى الحدود. [٢]

٣١٥- المادة: الابراء على أربعة أقسام، إبراء إسقاط، وهو أن يبرئ أحد بإسقاط تمام حقه الذي عند المدعى عليه، وإبراء استيفاء، وهو عبارة عن اعتراف أحد بقبض حقه

---

[١] المجلة المادة –١٥٣١– هذا تعريف الصلح، يستفاد منه أنه يصح الصلح في الدعوى الفاسدة كالدعوى التي يكون فيها تناقض، لأنه يتحقق النزاع أيضا في الدعوى الفاسدة، والصلح إنما شرع لدفع النزاع، وإن يكن أن بعض الفقهاء قال: بأنه لا يجوز الصلح في الدعوى الفاسدة؛ لأن الصلح هو لافتداء اليمين الذي يترتب في الدعوى الصحيحة لكن هذا القول غير مختار لأن الدعوى الفاسدة قابلة للتصحيح فيترتب عليها اليمين في الجملة بخلاف الباطلة فإنه لا يصح الصلح فيها، وهي الدعوى الغير القابلة للتصحيح مثل لو ادعى أخ المتوفى بطلب حصة إرثية مع وجود ولد للمتوفى فاصطلح عن دعواه مع ابن المتوفى على مال فلا يصح الصلح. (درر الحكام)

[٢] لأنها من حقوق الله تعالى وليس لأحد أن يتصرف فيها، وكذا في كل ما يعود نفعه للعامة مثل هدم الحائط المائل للانهدام على الطريق العام بعد التقدم فإذا تقدم أحد لصاحب المائل للانهدام على الطريق العام حسب الأصول، ثم صالح مع صاحب الحائط فلا يصح، كذا في درر الحكام.

الذي عند الآخر، وإبراء عام، وهو إبراء أحد من كافة الدعاوي، وإبراء خاص، وهو إبراء أحد من دعوى متعلقة بحق خاص كدار وأرض. (المجلة) [١]

٣١٦-المادة: يشترط أن يكون المصالح عاقلاً، ولا يشترط أن يكون بالغاً فلا يصح صلح مجنون والمعتوه والصبي الغير المميز، ويصح صلح الصبي المأذون، وكذا صلح ولي الصبي من جانبه إن لم يكن في الصلح ضرر بين للصبي فعلى هذا لو أدعى على صبي كذا دراهم فصالح الصبي أو أبوه بكذا دراهم يصح إن كانت للمدعي بينة، وإن لم تكن له بينة فلا يصح الصلح. (المجلة) [٢]

---

[١] المجلة المادة -١٥٣٦- ١٥٣٧- ١٥٣٨- اعلم أن هذه الأقسام لتقسمين، الأول باعتبار إطلاق لفظ الابراء فإن لفظه يطلق على إبراء الإسقاط وهو المبحوث عنه في كتاب الصلح، وكذا يطلق على إبراء الاستيفاء وهو نوع من الإقرار، والثاني تقسيم بأعتبار المتعلق فإنه إما يتعلق بالحق الخاص أو يتعلق بعامة الحقوق.

[٢] المجلة المادة -١٥٣٩- ١٥٤٠- في صلح الصبي المأذون وكذا في صلح وليه أربعة احتمالات الأول أن يكون في صلحه نفع، الثاني أن لا يكون فيه نفع ولا ضرر، الثالث أن يكون فيه ضرر غير بين، الرابع أن يكون فيه ضرر بين، وفي الاحتمالات الثلاثة الأولى يكون الصلح صحيحا، وأما في الاحتمال الرابع فلا يصح، كما إذا ادعى أحد على الصبي المأذون شيئا وكان للمدعي بينة يصح صلحه حتى لو كان المدعى به دينا وكان بدل الصلح بمقدار المدعى به أو كان المدعى به عينا، وكان البدل المذكور بقيمة المدعى به أو كان زائدا عن قيمته بغبن يسير، وفي الصورة الأولى والثانية ليس في الصلح نفع أو ضرر، وفي الصورة الثالثة يوجد ضرر غير بين، أما إذا كان في الصلح ضرر بين كالصلح بتنزيل ثمن المبيع بغير عيب فلا يصح.

٣١٧-المادة: لا يصح إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقاً، والوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح. (المجلة) [(١)]

٣١٨-المادة: إن كان بدل الصلح عيناً فهو في حكم المبيع، وإن كان ديناً فهو في حكم الثمن فما يصلح لأن يكون مبيعاً أو ثمناً يصلح أن يكون بدل الصلح.

٣١٩-المادة: يشترط أن يكون بدل الصلح مال المصالح فَلَو أعطى مال غيره لا يصح الصلح. (أي ما لم يجز ذلك الغير)

٣٢٠-المادة: يلزم أن يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين إن كانا محتاجين إلى القبض والتسليم وإلاّ فلا، فَلَو أدعى أحد حقاً في الدار التي هي في يد الآخر وأدعى هذا حقاً في بستان كان في يد الأول وتصالحا أن يترك كلاهما دعوبهما بدون تعين ما لكل واحد منهما من الحق يصح لعدم الحاجة إلى القبض، وقس على ذلك. (المجلة)

[(١)] المجلة المادة -١٥٤١- ١٥٤٢- والمقصد من هذا الإبراء إبراء الإسقاط أما إبراء الصبي المأذون إبراء استيفاء فهو صحيح. (درر الحكام)

الفصل الثاني في الصلح عن الأعيان

٣٢١- المادة: إن وقع الصلح على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع فيجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط، وكذلك تجري دعوى الشفعة إن كان المصالح عليه والمصالح عنه عقاراً، وإذا استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرجع المدعى عليه بقدر ذلك من بدل الصلح على المدعي وبالعكس يعني إذا استحق كل بدل الصلح أو بعضه من المدعي فيطلب هو من المدعى عليه ذلك المقدار، وحكم هلاك بدل الصلح قبل التسليم كحكم الاستحقاق.

٣٢٢- المادة: وإن وقع الصلح عن إقرار على المنفعة مثلاً صالح أحد مع الآخر عن دعوى الأرض على أن يسكن المدعي في دار المدعى عليه مدة كذا فهو في حكم الإجارة.

٣٢٣- المادة: الصلح عن الإنكار أو السكوت فهو في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه خلاص وفداء من اليمين فعلى هذا تجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه، وإذا استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد المدعي إلى المدعى عليه مقدار ذلك ويخاصم المستحق، وإذا استحق كل بدل الصلح أو بعضه يرجع المدعي بذلك المقدار إلى دعواه. [1]

---

[1] المجلة المادة –١٥٥٠– أي أن المال الذي أخذه المدعي هو عِوَض عن ماله بزعمه فيكون في حكم البيع ولذلك فبدل الصلح حلال له إن كان صادقا في دعواه، أما إذا كان كاذبا في دعواه فلا يحل له بدل الصلح ديانة، وأما في حق المدعى عليه ليس بمعاوضة بل خلاص من اليمين وقطع للمنازعة؛ لأن في زعمه أن المدعي غير محق ومبطل في دعواه، وأن إعطاءه العوض له هو للخلاص=

٣٢٤- المادة: يصح الصلح بإعطاء بدل لأجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة والمرور. [1]

٣٢٥- المادة: إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع فليس للمدعي حق في الدعوى وليس للمدعى عليه استرداد بدله، وإذا مات أحد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه. [2]

=من اليمين حيث لو لم يعط العوض لبقي النزاع، ولزمه اليمين وهذه العلة ظاهرة في الإنكار، أما السكوت فيحتمل الإقرار والإنكار معا إلا أنه حسب القاعدة الأصل فراغ الذمة ترجح جهة الإنكار، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

[1] المجلة المادة -١٥٥٥- اعلم أن الصلح في هذه الثلاثة على وجهين، الأول: الصلح عن دعواها فيجوز لأجل الخلاص من اليمين في دعواها، الثاني: الصلح عن نفس هذه الحقوق، فهو على هذا التفصيل، الصلح عن نفس حق الشرب وحق المرور جائز لأنهما حقان يقبلان الاعتياض، وأما الصلح عن نفس حق الشفعة فلا يجوز لأنه لا يجوز الاعتياض عن حق الشفعة، كذا في درر الحكام.

[2] المجلة المادة -١٥٥٦- ١٥٥٧- لأن الصلح من العقود اللازمة فلذلك إذا تم الصلح عن إقرار، أو عن إنكار، أو عن سكوت فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع عنه، وإذا لم يكن للمورث فسخه فليس للوارث أيضاً فسخه.

الفصل الثالث في احكام الإبراء

٣٢٦-المادة: ليس للإبراء شمول لما بعده يعني يسقط به الحقوق التي قبل الإبراء وله دعوى حقوقه الحادثة بعداالإبراء. (١)

٣٢٧-المادة: إذا باع أحد مالاً وقبض ثمنه وأبرأ كل من البائع والمشتري الآخر عن جميع الدعاوي التي تتعلق بالمبيع أو الثمن ثم استحق المبيع فلا يكون للإبراء تاثير ويسترد الثمن لأن الشيء إذا بطل بطل ما في ضمنه والإبراء كان في ضمن البيع وقد بطل باستحقاق المبيع.

٣٢٨-المادة: لو قال أحد أبرأت كافة مديونيني أو ليس لي عند أحد حق فلا يصح الابراء لأن المبرئين لابد أن يكونوا معلومين معينين بخلاف ما لو قال أبرأت أهالي المحلة الفلانية وهم معدودون معلومون يصح الابراء. (٢)

٣٢٩-المادة: لا يتوقف الابراء على القبول ويسترد بالرد، ويصح إبراء الميت من دينه.

٣٣٠-المادة: لو أبرأ الذي في مرض موته أحد ورثته لا يصح، ولو أبرأ الأجنبي يصح من ثلث ماله.

---

(١) المجلة المادة -١٥٦٣- لأن الإبراء فرع لثبوت الحق فإذا لم يثبت الحق فلا يكون الإبراء صحيحا.

(٢) المجلة المادة -١٥٦٧- أي يجب أن يكون المبرءون معلومين ومعينين سواء كان الإبراء إسقاطا أم استيفاء؛ لأن الإبراء هو من وجه تمليك، ويجب أن يكون المملكون معلومين إلا أنه لا يجب أن يكون الحق المبرأ منه، والمسقط معلوما فلذلك لا تمنع الجهالة في الدين صحة الإبراء.

٣٣١-المادة: إذا أبرأ من تركة مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيه لا يصح الإبراء. (المجلة) [(١)]

[(١)] المجلة المادة –١٥٧١– لأن هذا الإبراء هو الوصية، والوصية مؤخرة عن تأدية الدين ففي هذه الصورة لا يجوز إبراؤه لكل الدين، أو من بعضه.

الباب الحادي عشر في التحكيم [١]

٣٣٢- المادة: يشترط أن يكون الحَكَم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم أيضا فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي، ويجوز تحكيم الذمي بين الذميين. [٢]

٣٣٣- المادة: يجوز التحكيم في الأموال وحقوق الناس دون حقوق الله تعالى كالحدود، وذكر الخصاف: ولا يجوز التحكيم في القصاص، وذكر في الأصل يجوز في القصاص، كذا في الهندية في باب التحكيم. [٣]

---

[١] التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما؛ لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة. (المجلة المادة – ١٧٩٠)

[٢] وفي الهداية: والفاسق إذا حُكِّم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى، آه في البناية: أي في القاضي الفاسق المولى، يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياسا على الفاسق إذا ولي القضاء، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء، وكذا لا يحكم الفاسق. (ج٩ ص٥٩)

[٣] الهندية ج٣ ص٣٩٧) وفي رد المحتار ج٤ ص٣٨٧: وقول الخصاف هو الصحيح كما في الفتح، وما في المحيط من جوازه فيه لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية؛ لأن فيه حق الله تعالى أيضا وإن كان الغالب حق العبد وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حق القذف ضعيف بالأولى لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح ، كذا في البحر ج٧ ص٢٦)

٣٣٤- المادة: ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين الذين حكماه دون غيرهما [(١)]، ولكل من المحكمين الرجوع قبل الحكم، وإذا حكم لزمهما إذا كان موافقاً لأصول الشرع، كذا في المجلة. [(٢)]

٣٣٥- المادة: إذا تعدد المحكمون يلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد أن يحكم وحده. (من المحل المزبور)

٣٣٦- المادة: لا يجوز التحكيم معلقاً ولا مضافاً إلى وقت مستقبل، وعليه الفتوى، كذا في الهندية في باب التحكيم. [(٣)]

[(١)] لأن حكمه إنما ينفذ في حق من رضي بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرض بحكمه، فلذا لا يجوز حكمه في دم الخطأ؛ لأن العاقلة لم ترض به، وإن قضى بالدية على القاتل لا يجوز لأنه مخالف لحكم الشرع إلا أن يكون القاتل أقر بالقتل خطأ فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه أو كان القاتل ممن لا عاقلة له.

[(٢)] لأنه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس، ولا يقال إن التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله إلا باتفاقهما لأنا نقول التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات، كذا في التبيين ج٤ ص ١٩٣).

[(٣)] الهندية ج٣ ص٣٩٨- هذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعليه الفتوى، وقال محمد رحمه الله تعالى يصح، صورة التعليق أن يقولا لعبد، أو كافر إذا أعتقت، أو أسلمت فاحكم بيننا، وصورة الإضافة إلى وقت مستقبل أن يقولا لرجل إذا أهل الشهر فاحكم بيننا.

(تتمة) إذا رفع الخصمان حكمه إلى القاضي وتحاكما عنده نفذه إن وافق للمذهب الحنفي لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه، ثم فائدة هذا الإمضاء أنه يصير حكم القضاء حينئذ، وإن لم يوافق له نقضه=

٣٣٧-المادة: يجوز تحكيم المرأة في غير القصاص. (من المحل المزبور)

=لأن الخصمين ما حكماه إلاّ ليحكم بالمذهب الحنفي، في الفوائد الزينية، ص١٦٢- نقلا عن فتح القدير: والقاضي المقلد إنما ولاه الإمام ليحكم بمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يملك المخالفة ويكون معزولا بالنسبة إلى الحكم المخالف، آه وإذا كان حكم القاضي هذا فكذا حكم المحكم.

الباب الثاني عشر في القضاء

الفصل الأول

٣٣٨- المادة: يجب على الإمام أن يختار من الناس للقضاء من هو أولى به لحديث: من قلد غيره عملاً وفِي رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين. [١]

يشترط للقضاء الشروط الآتية :

٣٣٩-المادة: الشرط الأول: الإسلام فلا يصح قضاء الكافر إلاّ أن يقضي على أهل الذمة فيجوز لأنه أهل الشهادة عليهم فكذا أهل للقضاء عليهم أيضاً، وليس هو بأهل للشهادة على المسلمين فكذلك ليس هو بأهل للقضاء عليهم.

٣٤٠-المادة: الشرط الثاني: العقل فلا يصح تولية المجنون والصبي الذي لا يعقل القضاء.

---

[١] لم أجده في كتب الأحاديث بهذا اللفظ فلعله نقل بالمعنى كما هو عادة أكثر الفقهاء، وروى البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً بلفظ: من استعمل عاملا من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بذلك منه وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه , فقد خان الله , ورسوله , وجميع المسلمين " الرقم (٢٠٣٦٤) وكذا ابن أبي عاصم في السنة الرقم (١٤٦٢).

واخرج الحاكم في مستدركه عن يزيد بن أبي سفيان، قال: قال لي أبو بكر الصديق، رضي الله عنه حين بعثني إلى الشام: يا يزيد، إن لك قرابة عسيت أن تؤثرهم بالإمارة ذلك أكثر ما أخاف عليك، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من ولي من أمر المسلمين شيئا فأمر عليهم أحدا محاباة فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا حتى يدخله جهنم» الرقم (٧٠٢٤).

٣٤١-المادة: الشرط الثالث البلوغ فلا يصح قضاء الصبي وإن عقل.

٣٤٢-المادة: الشرط الرابع الحرية فلا يصح قضاء العبد لعدم الولاية.

٣٤٣- المادة: الشرط الخامس البصر فلا يصح قضاء الأعمى لعدم إمكانه التميز بين الطرفين.

٣٤٤-المادة: الشرط السادس النطق فلا يصح قضاء الأخرس.

٣٤٥- المادة: الشرط السابع السمع فلا يصح قضاء الأصم، والأطرش الذي يسمع القوي من الصوت يجوز توليته القضاء على الأصح. [١]

٣٤٦- المادة: الشرط الثامن عدم الحد في القذف فَلَو كان محدوداً في قذف لم يجز قضاءه لعدم جواز شهادته.

٣٤٧- المادة: الشرط التاسع الذكورة فقضاء الأنثى غير صحيح في الحدود والقصاص، ويصح في غيرهما، والخنثى في ذلك كالأنثى.

٣٤٨- المادة: الشرط العاشر أن لا تكون تولية عهدة القضاء بالرشوة سواء كان دفعها القاضي أو قومه.

---

[١] أخذت الشرائط المتقدمة من المجلة المادة –١٧٩٤) وأخذ جميع هذه الشروط من قول صاحب الكنز وغيره "أهله أهل الشهادة" لأن كلا منهما يثبت الولاية على الغير فكانا من باب واحد، وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوي على الضعيف، فلذلك لا يصح حكم القاضي على عدوه ولا ينفذ حتى أنه لو أثبت المحكوم بعد حكم القاضي عداوة القاضي له يبطل حكم القاضي، كذا في درر الحكام.

٣٤٩- المادة: الشرط الحادي عشر أن لا يكون المقضى له ممن لا تقبل شهادته للقاضي كقضائه لأصوله وإن علوا وفروعه وإن سفلوا أو لزوجته ولشريكه وقس على هذا.

٣٥٠- المادة: الشرط الثاني عشر أن يكون المقضى عليه حاضراً وقت القضاء إما بنفسه أو بنائبه (١)إلا في صورة الإقرار بأن أقر المدعى عليه ثم غاب فيحكم عليه بإقراره بالإجماع كما في جامع الفصولين أو في صورة إقامة البينة بأن حضر المدعى عليه فأنكر فبرهن عليه ثم غاب يحكم عليه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهذا أرفق بالناس، وكذا إذا غاب الوكيل أو في صورة القضاء على المسخر وهي إذا توارى المدعى عليه فيبعث القاضي رسولاً مع شاهدين إلى منزله وينادى الرسول ثلاثة أيام أن القاضي يقول لك أحضر مع خصمك فلان وإلا نصبت لك وكيلاً وقبلت بينته عليك فإن لم يخرج نصب له وكيلاً وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله، وكل من كان غائباً لا يمكن إحضاره فحكمه حكم المتواري المذكور وإرسال ثلاث أوراق في ثلاثة أيام مشتملة على مضمون المناداة المذكورة سواء كان غائباً أو متوارياً يكفي (٢) كما في الأصول القضائية ص٢٩٢–

---

(١) أما ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لهند امرأة أبي سفيان حين قالت له: إن أبى سفيان رجل شحيح، لا يعطيني ما يكفيني وولدي،"خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف" فلم يكن على وجه القضاء، وإنما كان على وجه الفتيا، والإخبار بما يسعها فعله فيما بينها وبين الله تعالى، والدليل على ذلك: أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يسألها البينة على ما ادعت على أبي سفيان، من منع حقها من النفقة، ومعلوم أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يكن ليصدقها على دعواها بغير بينة، فعلم أن ذلك لم يكن على جهة القضاء، كذا في شرح مختصر الطحاوي للجصاص.

(٢) يعني إرسال ثلاث أوراق في أيام مختلفة يكفي لإظهار تمرد المدعى عليه ويقام مقام ثلاث مناداة، وفي درر الحكام في شرح المادة –١٨٣٣– وكانت أصول هذه الدعوى في الأوائل أن يرسل=

إلا في صورة أراد المدعي أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب عنده مثلاً اشترى من المدعي شيئًا فغاب قبل قبضه غيبة منقطعة فلا يشترط حضور الخصم بل جاز للقاضي بعد إقامة البينة من المدعي أن يحكم ببيع المبيع وإيفاء الثمن من غير حاجة إلى حضور الخصم أو نصب وكيل.

=المحضر إلى المدعى عليه فيبلغه شفاهيا، أما في زماننا فدعوة الخصم إلى المحاكمة تحصل بإرسال ورقة تدعى (دعوتية) تبلغ إلى المدعى عليه بواسطة المحضر.

ولابد في الورقة الدعوتية من كتابة المرسل إليه المدعى عليه والمدعي بشهرتهما المكملة والمدعى به وتعين المحكمة وتعين وقت الحضور، وايضاً يكتب أخطرك بلزوم الحضور إلى هذه المحكمة في تلك الساعة أو بإرسال وكيل عنك وفي حال عدم إجابتك سيعين وكيل مسخر عنك وتجري المحاكمة في غيابك وسيحكم عليك في حال ثبوت الدعوى، ويرسل هذه الورقة ثلاث مرات في أيام مختلفة، ولابد من ثبوت وصول هذه الأوراق إلى المدعى عليه وإنكاره من الحضور وارسال نائبه إلى المحكمة ببينة، وفي درر الحكام: شروط الحكم الغيابي: (١) أن يمتنع المدعى عليه عن الحضور إلى المحكمة وعن إرسال وكيل عنه لها وأن يكون غير ممكن جلبه وإحضاره (٢) أن يرسل إليه من طرف القاضي ورقة إحضار على ثلاث مرات في أيام مختلفة (٣) أن ينصب القاضي وكيلا عن الخصم المتواري وأن يستمع دعوى المدعي في مواجهة ذلك الوكيل، وحكم الحكم الغيابي أن ينفذ الحكم المذكور إن لم يعترض المدعى عليه أو اعترض وكان اعتراضه غير صالح للقبول، بعد أن يبلغ الإعلام الغيابي للمدعى عليه، آهـ.

الفصل الثاني في مسائل تقليد القضاء

يصح تقليد القضاء بلا شرط ويصح تعليقه بالشرط مثلاً إذا قال إن قدمتَ بلدة كذا فأنت قاضيها صح.

٣٥١-المادة: يجوز إضافة تقليد القضاء إلى زمن مستقبل مثلا قال له جعلتك قاضياً رأس شهر كذا فإذا جاء الرأس صار قاضياً.

٣٥٢-المادة: يجوز توقيت نفس القضاء بزمان فإذا قال له أنت قاضي هذه البلدة هذا الشهر صح وصار قاضيا بقدره.

٣٥٣-المادة: ويجوز تخصيص القضاء بمكان فإذا قلد السلطان قضاء بلدة كذا لا يصير قاضياً في غيرها.

٣٥٤-المادة: ويجوز استثناء بعض الخصومات أو سماع خصومة رجل بعينه، وإذا حصل ذلك لم يصر قاضياً في المستثنيات. [(١)]

٣٥٥-المادة: ويجوز ربط نفس القضاء بالشرط مثلاً شرط عليه أن لا ترتشي ولا تمتثل أمر أحد على خلاف الشرع فإذا فعل شيئًا من ذلك لا يبقي قاضياً. [(٢)]

[(١)] هذه المواد الأربع المتقدمة مأخوذة من المجلة المادة –١٨٠١– القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات الخ.

[(٢)] في المحيط البرهاني: إذا قال السلطان لرجل جعلتك نائبي في القضاء بشرط أن لا ترتشي ولا تشرب الخمر ولا تميل أمر أحد على خلاف الشرع فالتقليد صحيح والشرط صحيح، وإذا فعل شيئا من ذلك لا يبقى قاضيا لأن تقدير هذا الكلام أنت نائبي ما دمت لا تشرب ولا ترتشي ولا تميل أمر أحد على مخالفة الشرع، فهذا تقليد مؤقت معنى، ومثل هذا التقليد صحيح، فإذا وجد الوقت ينتهي التقليد، آهـ. (ج٨ ص١٦) وهذه المادة أيضا مأخوذة من المادة –١٨٠١– من المجلة.

٣٥٦- المادة: ويصح تقليد القضاء من الأمير سواء كان عادلاً أو جائراً مؤمناً أو كافراً بشرط أن لا يكون مانعاً من العدل (١)، ولا يصح التقليد من العوام لأن ولاية القضاء مستمدة ممن له الغلبة والقهر والقوة لا من الأفراد. (٢)

٣٥٧-المادة: لا يجوز للقاضي أن يستخلف غيره ما لم يؤذن له في ذلك صراحة أو دلالة. (٣)

٣٥٨- المادة: ويجوز تولية شخصين أو أكثر لقضاء بلدة واحدة (٤) ومتى حصل ذلك لم يجز لأحدهما القضاء وحده بدون الآخر كالوكيلين، كذا في الأصول القضائية.

---

(١) وفِي الدر المختار: ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ولو كافرا ذكره مسكين وغيره إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم، آه وفِي ردالمحتار: في التتارخانية الإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد،آه. (ج٤ ص٣٤٢)

(٢) في ردالمحتار : وفي الفتح: وإذا لم يكن سلطان، ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم، ويجعلونه واليا فيولى قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة اه. وهذا هو الذي تطمئن النفس إليه فليعتمد، آه.

(٣) المجلة المادة –١٨٠٥– الإذن صراحة كقول السلطان للقاضي وكل من شئت واعزل من شئت، والإذن دلالة كقول السلطان للقاضي قد نصبتك قاضيا للقضاة لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاء تقليدا وعزلا، وإذا كان قضاء القاضي المأذون مقيدا بزمان أو مكان أو خصومة فكذا يتقيد قضاء نائبه به. (درر الحكام)

(٤) المجلة المادة –١٨٠٢– سواء توليتهم صراحة أو دلالة كأن ينصب السلطان قاضيين لمحكمة.

٣٥٩- المادة: إذا كان في المصر قاضيان كل منهما في محلة علىحدة ووقعت خصومة بين رجلين أحدهما في محلة والآخر في محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأباه قال أبو يوسف رحمه الله تعالى العبرة للمدعي، وقال محمد رحمه الله تعالى العبرة للمدعى عليه، وعليه الفتوى، كذا في أول لسان الحكام والبزازية.[1]

٣٦٠- المادة: وكل موضع يوجد فيه القضاة من المذاهب الأربع وتنازع الخصمان في اختيار القاضي فالاعتبار للمدعى عليه على المفتى به، قال صاحب البحر وبه أفتيت مرارا. (تكملة ردالمحتار ج١ص٢٨٦) [2]

---

[1] المجلة المادة –١٨٠٣– المفتى به أن العبرة لاختيار المدعى عليه وهو قول محمد رحمه الله تعالى لأن الأصل براءة الذمة وإن المدعى عليه طالب بسلامة نفسه بدفع دعوى المدعي أما المدعي فهو راغب في أخذ حق من المدعى عليه، كذا في درر الحكام.

[2] البحر من كتاب الدعوى ج٧ص١٩١).

الفصل الثالث في انواع القضاء

٣٦١-المادة: القضاء نوعان قصدي وضمني، مثلاً أدعى رجل على آخر بألف قرض وشهد الشهود بذلك على المدعى عليه وذكروا اسم المدعى عليه واسم أبيه وجده وقضى القاضي بعد ذلك بالحق المدعى به كان ذلك قضاء بالألف قصداً وبنسب المدعى عليه ضمناً، فالقضاء القصدي يشترط فيه الدعوى، والقضاء الضمني لا يشترط فيه الدعوى، وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في دعوى كذا دراهم على خصم منكر وقضى القاضي بتوكيلها فالقضاء بالتوكيل قضاء قصدي والقضاء بالزوجية بينهما قضاء ضمني، وقس على ذلك.

الفصل الرابع في الكلام على القاضي المجتهد

٣٦٢- المادة: إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد وأفضى رأيه في حادثة إلى شيء وجب عليه العمل برأيه وإن خالف رأي غيره من المجتهدين، ولا يجوز له أن يتبع رأي غيره لأنه مأمور بالقضاء بالحق الذي أدّى إليه اجتهاده وهو الحق عند الله تعالى ظاهراً بالنسبة إليه فإذا قضى بغيره كان قضاء بالباطل.

٣٦٣- المادة: قال في الفتح: لو قضى في المجتهد فيه نَاسِيًا لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواية واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين أي وجهي النسيان والعمد، والفتوى على قولهما، وفِي الفتاوى الصغرى: ان الفتوى على قوله [1] وقال ابن عابدين: والأوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما.

---

[1] فتح القدير ج٧ ص ٣٠٦) ثم قال: فقد اختلفت الفتوى. والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمدا لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، آه.

الفصل الخامس في الكلام على القاضي المقلد

٣٦٤- المادة: تقليد القضاء كما يجوز للمجتهد يجوز للمقلد كالحنفي والشافعي، وحينئذ يجب عليه أن يقضي بما يوافق مذهبه حتى لو قضى بما يخالفه كان قضاء باطلاً، ويستوي في ذلك العمد والنسيان، ولكن ذكر في أدب القضاء فيما إذا قضى بمذهب غيره نَاسِيًا خلافاً وهو أن يصح قضاءه عند أبي حنيفة خلافا لهما. [1]

---

[1] المعتمد في هذا الزمان أن حكم القاضي بخلاف مذهب إمامه لا ينفذ، وكذا بالقول الضعيف، لأنه قال ابن عابدين في رد المحتار: إنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اه. قال في الشرنبلالية عن البرهان: وهذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ اه ثم قال: قلت: وتقييد السلطان له بذلك غير قيد لما قاله العلامة قاسم في تصحيحه من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع اه. وقال العلامة قاسم في فتاواه: وليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف؛ لأنه ليس من أهل الترجيح فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل ولو حكم لا ينفذ؛ لأن قضاءه قضاء بغير الحق؛ لأن الحق هو الصحيح وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه اه. (ج٤ص٣٧٢)

الفصل السادس في أقسام القضاء وما يرد منها وما لا يرد [1]

٣٦٥- المادة: حكم القاضي على خلاف النص كالحكم بحل متروكة التسمية عمداً أو على خلاف السنة المشهورة كالحكم بتحليل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل بلا دخول أو على خلاف الاجماع كالحكم بصحة نكاح المتعة باطل ولكل قاض نقضه إذا رفع إليه.

٣٦٦- المادة: حكم القاضي في محل الاجتهاد كما لو قضى شافعي بشهادة المحدودين في قذف أو قضى بالبينة القائمة بلا وكيل عنه ينفذ وإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفي أمضاه ولا يبطله، وهذا مما يكون الاختلاف في طريق الحكم، وقد يكون الاختلاف في نفس الحكم، وسيأتي حكمه.

٣٦٧- المادة: وإذا كان الخلاف في نفس الحكم لا في طريقه كما إذا قضى لولده أو لامرأته على أجنبي فقيل ينفذ ولا يتوقف على إمضاء قاض آخر، وحكى ابن الشحنة ترجيحه، وقيل يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح وبه جزم في الخانية فإذا

---

(١) خلاصة هذا الفصل ما قال ابن الهمام في التقرير والتحبير: قضاء القضاة على ثلاثة أقسام قسم منه أن يقضى بخلاف النص، والإجماع وهذا باطل ليس لأحد أن يجيزه ولكل واحد من القضاة نقضه إذا رفع إليه، وقسم منه أن يقضي في موضع مختلف فيه وفي هذا ينفذ قضاؤه وليس لأحد نقضه، وقسم منه أن يقضي بشيء يتعين فيه الخلاف بعد القضاء أي يكون الخلاف في نفس القضاء فبعضهم يقولون نفذ قضاؤه وبعضهم يقولون بل يتوقف على إمضاء قاض آخر إن أجازه جاز ويصير كأن القاضي الثاني قضى في مختلف فيه وليس للثالث نقضه، وإن أبطله الثاني بطل، وليس لأحد يجيزه انتهى. (ج٣ص٣٢٤)

رفع إلى الثاني فأمضاه يصير كأن القاضي الثاني قضى في فصل المجتهد فيه فليس للثالث نقضه، ولو أبطله الثاني بطل وليس لأحد أن يجيزه.

الفصل السابع في قضاء القاضي بشهادة الزور

٣٦٨- المادة: الأمور التي يقضى فيها القاضي أربعة أقسام، الأول العقود كنكاح وبيع وإجارة ورهن، والثاني الفسوخ والمراد بها ما يرفع بها حكم العقد كالإقالة والطلاق وغيرهما، والثالث الأملاك المرسلة وهي التي لم يذكر لها سبب معين، والرابع الأملاك الغير المرسلة وهي ما ذكر لها سبب معين كالبيع والنكاح والإجارة.

٣٦٩- المادة: لو قضى القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ولَم تكن الشهود جامعين لشروط صحة الشهادة بأن ظهر انهم كفار أو محدودون في قذف أو غير ذلك لا ينفذ القضاء اجماعاً لا ظاهراً ولا باطناً. (١)

٣٧٠- المادة: ولو علم القاضي بكذبهم فقضاءه في هذه الصورة أيضا لا ينفذ لا ظاهراً ولا باطناً لعدم شرط القضاء وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضي.

٣٧١- المادة: ولو لم يكن المحل قابلاً للإنشاء كشهادة الزور على نكاح امرأة وهي منكوحة الغير أو معتدته أو على نكاح امرأة مرتدة لم ينفذ القضاء باطناً اجماعاً.

٣٧٢- المادة: ولو قضى بشهادة الزور فيما عدا المذكور كمن أقام بينة زور على امرأة انه تزوجها أو أدعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً وأقامت بينة زور وحكم القاضي

---

(١) كذا في ردالمحتار، لأنها ليست بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف، ولإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة، والمراد بالنفاذ الظاهري النفاذ عند القاضي، وبالباطني النفاذ فيما بينه وبين الله تعالى.

بتلك الشهادة فالقضاء ينفذ ظاهراً وباطناً عند الإمام، وقال الصاحبان وزفر والثلاثة ينفذ ظاهراً لا باطناً وعليه الفتوى. [١]

٣٧٣- المادة: لو كانت شهادة الزور في الأملاك المرسلة أو الدين الذي لم يبين سببه وحكم القاضي عليها لم ينفذ الحكم إلا ظاهراً فقط اجماعاً لأن الملك لابد له من سبب وليس بعض الأسباب أولى من بعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء فلا يحل له الوطي والأكل واللبس ومثل الأملاك المرسلة الإرث. [٢]

٣٧٤- المادة: وإن كانت شهادة الزور في الأملاك الغير المرسلة كملك ذكر سببه فإما أن يكون سبباً يمكن إنشاءه كالبيع والنكاح والإجارة أو سبباً لا يمكن إنشاءه كالإرث فإن كان الأول فقضاء القاضي ينفذ فيه ظاهراً وباطناً عند الإمام خلافاً لزفر والصاحبين والثلاثة، وإن كان الثاني لم ينفذ القضاء فيه باطناً اتفاقاً هذا كله إذا قضى بشهادة الزور أو النكول فَلَو قضى بيمين المدعى عليه وكان كاذباً فيها قالوا لا ينفذ باطناً أصلاً وصورة

---

[١] يعني حل للمدعي وطؤها ولها التمكين عنده، لا عندهما لأنه غير نافذ باطناً لأن شهادة الزور حجة ظاهراً لا باطناً، وفِي البحر: وقال الفقيه أبو الليث الفتوى على قولهما، وفي فتح القدير من النكاح وقول أبي حنيفة هو الوجه، وللنفاذ باطنا عنده شرطان الأول عدم علم القاضي بكذبهم فلو علم القاضي كذب الشهود لم ينفذ، الثاني كون المحل قابلا فإذا كانت المرأة تحت زوج أو كانت معتدة أو مرتدة أو محرمة بمصاهرة أو برضاع لم ينفذ لأنه لا يقبل الإنشاء. (ج٧ ص١٥) وإلى هذين الشرطين إشارة في المادتين السابقتين.

[٢] ردالمحتار ج٤ص٣٧١).

المسألة أدعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً وهو ينكر ولا بينة معها فحلفه القاضي فحكم بمنعها من دعواها وهي تعلم صدقها فيما قالت فهذا الحكم لا ينفذ باطناً فلا يسعها المقام معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئًا إذا مات. (١)

---

(١) ردالمحتار الموضع السابق.

الفصل الثامن في رجوع القاضي عن حكمه

٣٧٥-المادة: الخطاء الذي قضى به القاضي إما أن يختلف الفقهاء في كونه خطاء أو لا يختلفوا، الثاني يرجع عنه ويرده لا محالة، والأول يمضيه إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة.

٣٧٦-المادة: هذا هو الأصل، ولكنهم استثنوا منه مسائل يصح للقاضي رجوعه من قضائه.

٣٧٧-المادة: الأولى لو قضى بعلمه مثلاً أقر عنده شخص لآخر بألف ثم غابا عنه ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما بالمال ظاناً انه ذلك المقر ثم تبين له أنه غيره وأراد أن ينقض حكمه له ذلك، وهذا مبني على أن للقاضي العمل بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة فيه.

٣٧٨-المادة: الثانية إذا قضى ثم ظهر له خطأه في القضاء بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو محدودين في قذف ينقض قضاءه.

٣٧٩-المادة: الثالثة إذا قضى بخلاف مذهبه على طبق ما مر سابقاً.

٣٨٠-المادة: الرابعة يبطل القضاء إذا كذب المدعي نفسه أو أكذب شهوده ويقول فيهم إنهم كذبة أما لو فسقهم بغير الكذب بأن قال فيهم بأنهم زناة أو شاربوا خمر أو آكلوا ربوا لا يبطل القضاء. [1]

---

[1] المسائل الثلاث الأول ذكرها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص١٩٩) وكذا في الدر المختار وردالمحتار (ج٤ ص٣٨٣) وأما الرابعة فإن المدعى إذا كذّب نفسه أبطل دعواه فيبطل القضاء، وكذا=

المواضع التي يجوز للقاضي فيها تأخير الحكم

٣٨١- المادة: الأصل أنه متى ثبت مقتضي الحكم كالشهادة مثلاً وجب على القاضي أن يحكم فوراً إلاّ في أربع مسائل.

٣٨٢-المادة: الأولى أن تكون ريبة في الشهود، من صورها أن يشهد عنده ثلاثة ثم قال أحدهم لقد كذبت في شهادتي وسمعه القاضي بدون تعين، ولما سألهم قالوا كلّنا على شهادتنا فإنه لا يقضي بشهادتهم ويؤخر حكمه حتى ينظر في ذلك.

٣٨٣- المادة: الثانية إذا كان القاضي راجياً حصول الصلح سواء كانوا أجانب أو أقارب فإنه يؤخر حكمه ويرد الخصمين ولا يرد أكثر من مرتين فإن لم يصلحا أنفذ القضاء. [1]

=إذا أكذب شهوده، في المحيط البرهاني: تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه إياهم قبل القضاء يمنع القضاء، وتكذيبه وتفسيقه إياهم بعد القضاء يبطل القضاءآه. (ج٨ ص٣٨)

[1] قال عمر رضي الله عنه: " ردوا الخصوم حتى يصطلحوا؛ فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن " رواه البيهقي في السنن الكبرى الرقم(١١٣٦٠) في المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى، وفيه دليل أن القاضي لا ينبغي له أن يعجل وأنه مندوب إلى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شيء ويدعوهم إلى ذلك فالفصل بطريق الصلح يكون أقرب إلى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن يستبين وجه القضاء، فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله إلا برضا الخصمين ولا يفعله إلا مرة أو مرتين لما في الإطالة من الإضرار بمن ثبت الاستحقاق له في تأخير حقه ولأن ذلك يجر إليه تهمة الميل وعلى القاضي أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه،آه. (ج٢٠ ص ١٣٦)

٣٨٤- المادة: الثالثة إذا استمهل المدعي من القاضي حتى يحضر بينته فإنه يمهله وكذلك إذا أقام المدعي البينة فاستمهله المدعى عليه حتى يأتي بالدفع فإنه يمهله ولا يعجل بالحكم.

٣٨٥- المادة: الرابعة إذا كان القاضي متردداً في المسألة الواقعة أمامه وبعث إلى أهل مصر آخر يستفتيهم وكان منتظراً فتواهم فإنه لا يأثم بتأخير القضاء. [١]

---

[١] الصور الثلاث الأول ذكرها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص١٩١) وكذا في الدر المختار وردالمحتار والرابعة ذكرها ردالمحتار. (ج٤ ص٣٨٣)

الباب الثالث عشر في التعزير

٣٨٦- المادة: قال ابن القيم: اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم والصغر وحسب الجاني في الشرف وعدمه. (معين الحكام)

٣٨٧- المادة: إذا تعدى السوقي وباع بأكثر من القيمة المقدرة يعزر على ذلك. (الفتاوى الأنقروية)

٣٨٨-المادة: يجوز التعزير بأخذ المال وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك، ومن قال إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته صلى الله عليه وسلم مبطل لدعوى نسخها والمدعيون للنسخ ليس معهم سنه ولا اجماع. (من المحل المزبور من معين الحكام) [(١)]

---

(١) اعلم أن التعزير بالمال على وجهين، الأول التعزير بهلاك المال، والثاني التعزير بأخذ المال، والأول مشروع، لقوله تعالى { وانظر إلى إلهك الذي ظلت عليه عاكفاً لنحرقنه} [سورة طه–٩٧] لأن ما كان مشروعاً في الأمم الخالية فهو مشروع لنا إلا أن ثبت نسخه.

ولحديث أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: »وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ آمُرَ بِحَطَبٍ، فَيُحْطَبَ، ثُمَّ آمُرَ بِالصَّلاَةِ، فَيُؤَذَّنَ لَهَا، ثُمَّ آمُرَ رَجُلًا فَيَؤُمَّ النَّاسَ،ثُمَّ أُخَالِفَ إِلَى رِجَالٍ، فَأُحَرِّقَ عَلَيْهِمْ بُيُوتَهُمْ، رواه البخاري [بَابُ وُجُوبِ صَلاَةِ الجَمَاعَةِ].

في المسالك: قوله: " فأحرق عليهم بيوتهم" فيه بيان أنه همَّ أن يودب بإتلاف الأموال على سبيل الإبلاغ في النكاية، ويحتمل أن يريد: تشبيه عقوبتهم بعقوبة أهل الكفر في تحريق بيوتهم وتخريب. ديارهم. (ج٣ ص٢٣)=

=وفي نصاب الاحتساب: هذا الحديث يدل على جواز إحراق بيت الذي يتخلف عن الجماعة لأن الهَم على المعصية لا يجوز من الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه معصية. (ص٢٤٨)
ومما يدل على جوازه هدم مسجد الضرار وتحريقه كما في حديث طلق بن حبيب، قال: سمعت جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهما، يقول: »رأيت الدخان من مسجد الضرار حين انهار« رواه الحاكم في مستدركه.
وأما الثاني فقيل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، والراجح عدم جوازه لأن هذا القول إما ضعيف أو مأول:
أما ضعفه فلما قال ابن عابدين في ردالمحتار: قال في الفتح: وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال. وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز. اهـ. ومثله في المعراج، وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف. قال في الشرنبلالية: ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه اهـ ومثله في شرح الوهبانية عن ابن وهبان، انتهى. (ج٣ ص١٩٥)
وأما تأويله فلما قال ابن نجيم في البحر: وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي وفي المجتبى لم يذكر كيفية الأخذ وأرى أن يأخذها فيمسكها فإن أيس من توبته يصرفها إلى ما يرى وفي شرح الآثار التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ، والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، اهـ. (ج٥ ص٤٤) كذا في ردالمحتار (ج٣ص١٩٥)
استدل من قال بجوازه بحديث عامر بن سعد، أن سعدا ركب إلى قصره بالعقيق، فوجد عبدا يقطع شجرا، أو يخبطه، فسلبه، فلما رجع سعد، جاءه أهل العبد فكلموه أن يرد على غلامهم – أو عليهم – ما أخذ من غلامهم، فقال: »معاذ الله أن أرد شيئا نفلنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبى أن يرد=

٣٨٩- المادة: والتعزير يكون بالقول أي التوبيخ والضرب والحبس. (من المحل المزبور)

أفطر مسلم مقيم في رمضان متعمداً يعزر ويحبس بعد ذلك. (تاتارخانية والفتاوى الأنقروية)

٣٩٠- المادة: والتعزير بالضرب لا يبلغ إلى أربعين سوطاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى، وأجاز مالك رحمه الله تعالى التعزير فوق الحد، وقال أحمد رحمه الله تعالى لا يضرب في التعزير فوق عشرة أسواط (معين الحكام ص

=عليهم« رواه مسلم [باب فضل المدينة، ودعاء النبي صلى الله عليه وسلم فيها بالبركة، وبيان تحريمها، وتحريم صيدها وشجرها، وبيان حدود حرمها].

والجواب عنه أنه كان في وقت ما كانت العقوبات التي تجب بالمعاصي في الأموال، فمن ذلك ما روي عن النبي، صلى الله عليه وسلم، في الزكاة أنه قال: من أداها طائعا له أجرها ومن لا، أخذناها منه وشطر ماله، ثم نسخ ذلك في وقت نسخ الربا. (العمدة ج١٠ ص٢٣٠)

وكذا استدل بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم من الأقضية بالعقوبات المالية كما في كتب الحديث والسياسة الشرعية لكن أكثرها من باب إتلاف المال لا من باب أخذ المال، فليراجع إلى المطولات.

والحاصل أن التعزير بأخذ المال غير جائز في الراجح من مذهبنا والدلائل المثبة له منسوخة ويكفينا في دعوى النسخ أقوال كبار الفقهاء رحمهم الله تعالى، وقد خطر في اثناء مطالعتي في وجه النسخ فإن كان صواباً فمن الله تعالى وإلاّ فلا، وهو أن المراد من النسخ ههنا انتهاء الحكم بانتهاء علته، والتعزير يبني على المصلحة فإذا تبدل المصلحة تبدل حكم التعزير، والمصلحة في هذا الزمان عدم التعزير بأخذ المال كما مر في عبارة البحر وردالمحتار، وَالله تعالى أعلم.

٢٣٢) من لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال (من حدود البزازية الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥٦) ومن موجبات التعزير الزهد البارد، ضرب عمر رضي الله تعالى عنه بالدرة من عرّف تمرة ملقاة في سوق المدينة، وقال كُل يا بارد، وفِي القنية: من أكل في رمضان شهرة متعمداً يؤمر بقتله ووجهه ابن هبان بأنه مستهزء بالدين. (الفتاوى الأنقروية ص١٥٦)

الباب الرابع عشر في السجن [١]

٣٩١-المادة: يحبس في كل دين [٢] ما عدا دين الولد على أحد الأبوين أو الجد أو الجدة. (معين الحكام)

---

[١] اعلم أن الحبس عقوبة مشروع بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق {أو ينفوا من الأرض}]المائدة: ٣٣[والمراد به الحبس، وأما السنة؛ فلأنه – عليه الصلاة والسلام – «حبس رجلا بالتهمة»، وأما الإجماع؛ فلأن الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – ومن بعدهم أجمعوا عليه إلا أن في زمن النبي – صلى الله عليه وسلم – وزمن أبي بكر وعمر وعثمان – رضي الله تعالى عنهم – لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط ولما كان في زمن علي – رضي الله تعالى عنه – بنى السجن وكان هو أول من بناه في الإسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا:

ألا تراني كيسا مكيسا ... بنيت بعد نافع مخيسا ... بابا حصينا وأمينا كيسا

الكياسة الظرافة والكيس والمكيس الظريف، وقال في الصحاح : الرجل كيس مكيس أي ظريف، والخيس الذلة، قال الجوهري وخيسه تخييسا أي ذلّه ومنه المخيس، وهو اسم سجن أي موضع التذليل، والمراد من الأمين الكيس السجان الظريف.

[٢] أي بعد أمره بدفع ما عليه وإبائه عن الدفع ليظهر مطله وظلمه، هذا إذا طلب المدعي حبسه لأنه حقه، والحبس في دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كما التزمه بالكفالة لا يحتاج إلى إثبات المدعي غناه لأن بالمال الذي حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته، وأما في غير ذلك مثل أروش الجنايات وديون النفقات لابد أن يثبت غريمه غناه إن أدعى الفقر، كذا في التبيين ج٤ ص١٨٠).

٣٩٢- المادة: المدعي إذا انكشف للحاكم انه مبطل في دعواه فإنه يؤدبه وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللُدد. [١](معين الحكام)

٣٩٣-المادة: قال في المحيط للقاضي أن يحبس الصبي الفاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد. [٢] (من المحل المزبور)

٣٩٤-المادة: إذا آذى أحد الخصمين صاحبه أو تشاتما عند القاضي فله حبسهما وتعزيرهما. [٣] (من المحل المزبور)

٣٩٥- المادة: يعزر الرجل إذا وجد في موضع التهمة بأن رآه الإمام يمشي مع السراق ومع الفساق جالس لا يشرب الخمر لكنه معهم في مجلس الفسق. (معين الحكام)

٣٩٦- المادة: من تكررت منه الجرائم ولَم ينزجر بالحدود استدام حبسه إذا أضر الناس بجرائمه حتى يموت ويقوته ويكسوه من بيت المال. (معين الحكام)

---

[١] هذا بناء على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وكذا أكثر مواد هذا الباب بناء عليها، والظاهر أن مرادهم بالمبطل في دعواه: من تعمد البطل فيها، لا كل من ظهر أن الحق في جانب خصمه.

[٢] لأن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة.

[٣] هذا إذا كان الأذى والشتم من الجانبين، أما إذا كان من جانب واحد فالتعزير للجاني فقط، ويجوز للقاضي العفو، في ردالمحتار: لو تشاتما بين يديه ولم ينتهيا بالنهي، إن حبسهما وعزرهما فهو حسن لئلا يجترئ بذلك غيرهما فيذهب ماء وجه القاضي، وإن عفا عنهما فهو حسن؛ لأن العفو مندوب إليه في كل أمر اهـ.

٣٩٧-المادة: وجد عند متهم بعض المتاع المسروق وأدعى المتهم انه اشتراه ولا بينة له فهم متهم بالسرقة ولا سبيل للمدعي إلا فيما في يده فإن كان غير معروف بذلك فعلى السلطان حبسه والكشف عنه، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه حبس في تهمة، وإن كان معروفاً بالسرقة فإنه يطال في حبسه حتى يقر. (معين الحكام)

٣٩٨-المادة: إذا رفع للقاضي رجل يعرف بالسرقة والدعارة فأدعى عليه بذلك رجل فحبسه لاختبار ذلك فأقر في السجن بما ادعى عليه من ذلك فذلك يلزمه، وهذا الحبس خارج عن الإكراه، قال في شرح التجريد في مثله: وإن خوفه بضرب سوط أو حبس يوم حتى يقر فليس هذا بإكراه، قال محمد: وليس في هذا وقت ولكن ما يجيء منه الاغتمام البين؛ لأن الناس متفاوتون في ذلك، فرب إنسان يغتم بحبس يوم، والآخر لا يغتم لتفاوتهم في الشرف والدناءة، فيفوض ذلك إلى رأي كل قاض في زمانه. [(١)] (من المحل المزبور)

٣٩٩-المادة: رب المال لو أراد أن يحبس الكفيل له ذلك، ويحبس في الحدود والقصاص في مدة التزكية، وفي المنتقى: رجل جرح رجلا هل يحبسه حتى يبرأ إن كان الجرح فيه القصاص حبس، وإن لم يكن فيه القصاص إن برئ لم يحبس ويستوثق منه. (معين الحكام)

[(١)] في لسان الحكام: وفي الولوالجي إذا كان الرجل من الأشراف أو من الأجلاء أو من كبراء العلماء أو الرؤساء بحيث يستنكف عن ضرب سوط أو حبس ساعة لم يجز إقراره لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحقه من الهوان بهذا القدر من الحبس والقيد فكان مكرهاً فاقراره ليس بحجة لأن الإقرار حجة لترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة، آهـ.

٤٠٠- المادة: لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد إلا أن يخاف فراره، كذا في المنتقى. (من المحل المزبور)

٤٠١- المادة: ولا يخرج لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة جنازة ولا عيادة مريض، ويحبس في موضع وحش، ولا يبسط له فرش ولا غطاء، ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به. [١] (من المحل المزبور)

٤٠٢- المادة: ولو جن المحبوس قال أبو بكر الإسكاف: لا يخرجه الحاكم، وفي واقعات الناطفي: لو مرض في الحبس وأضناه ولم يجد من يخدمه يخرجه من الحبس، هكذا روي عن محمد، وعن أبي يوسف أنه لا يخرجه، والفتوى على رواية محمد. [٢] (معين الحكام)

٤٠٣- المادة: والحر يترك له دستان من الثياب ويباع الباقي في الدين، فإن كان له ثياب حسنة تباع ويشترى له بقدر الكفاية. [٣] (من المحل المزبور)

---

[١] في لسان الحكام: وفي الأقضية: ولا يمنع من دخول الجيران عليه وأهله لاحتياجه إلى الشورى في القضاء ولا يمكنون من المكث عنده طويلا وعن محمد أنه يخرج في موت والده وولده لا في غيرهما إذا لم يكن من يقوم عليهما وإلا لا،آه.

[٢] في البناية شرح الهداية: وفي الخلاصة: هذا إذا كان الغالب عليه الهلاك، والفتوى على قول محمد – رحمه الله –، وإنما يطلقه بكفيل، فإن لم يجد الكفيل لا يطلقه، فإن كفل رجل أطلقه وحضرة الخصم ليست بشرط، آه.

[٣] في التبيين: وقالوا إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه؛ لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل، وعلى=

=هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه، آهـ.

المقالة الثانية في أحكام المناكحات

الباب الأول في النكاح

الفصل الأول

٤٠٤- المادة: يصح بإيجاب وقبول وكلاهما للماضي كزَوّجتُ نفسي أو بنتي أو مؤكلتي فقال الآخر تزوجت أو أحدهما للماضي والآخر للاستقبال أو الحال كزوجني فقال زوجتُ أو قبلت. [1] (ردالمحتار ج٢ ص٢٨٥)

وكذا ينعقد بكتابة الإيجاب والقبول من الغائب عن المجلس دون الحاضر، صورته كتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود قرأت عليهم وقالت زوجت نفسي منه. (ردالمحتارج٢ص٢٨٨)

٤٠٥-المادة: لو غلط وكيل المرأة في اسمها أو اسم أبيها لم يصح النكاح للجهالة إلا اذا كانت حاضرة وأشار إليها. [2] (من المحل المزبور ج٢ص٢٩٨)

---

[1] هذا مثال للاستقبال وهو توكيل بالنكاح للمأمور معنى، ولو صرح بالتوكيل وقال وكلتك بأن تزوجي نفسك مني فقالت زوجت صح النكاح فكذا هنا، كذا في ردالمحتار، ومثال الحال المضارع كتزوجيني نفسكِ إذا لم ينو به الاستقبال لأنه يكون عند نية الاستقبال استيعاداً.

[2] الاستثناء راجع إلى المسألتين: أي فإنها لو كانت حاضرة مشارا إليها وغلط في اسم أبيها أو اسمها لا يضر لأن تعريف الإشارة الحسية أقوى من التسمية، لما في التسمية من الاشتراك لعارض فتلغو التسمية عندها، كذا في ردالمحتار.

٤٠٦- المادة: يشترط للنكاح أن يكون المحل قابلاً وهي المرأة التي أحلها الشرع فلا يصح نكاح المشركة والمحارم والذكر والخنثى المشكل والجنية وإنسان الماء. [(١)] (ردالمحتار ج٢ص٢٨١)

٤٠٧- المادة: الشهادة عند عامة العلماء شرط لجواز النكاح، كذا في البدائع، وشرط في الشاهد الحرية فلا ينعقد بحضور غير الحر، والعقل فلا يصح بحضور المجنون أو المعتوه، والبلوغ فلا يصح بحضرة الصبيان، والإسلام فلا يكفي حضور الكافرين في نكاح المسلمين بخلاف نكاح الكافرين أو نكاح المسلم مع الكتابية فإنه يصح بحضور الكافرين، ويصح النكاح بشهادة الفاسقين أو أعميين أو محدودين. [(٢)] (الهندية ملخصا ج١ص٢٦٧)

٤٠٨- المادة: قال زوجني بنتك خاطباً أو جئتك لتزوجني فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم وليس له أن لا يقبل. (منية المفتي للسجستاني في أول النكاح) [(٣)]

---

(١) لا يجوز نكاح الخنثى المشكل لجواز ذكورته، كذا لا يجوز نكاحه مع امرأة، وكذا لا يجوز نكاحه مع مثله، ولا يجوز نكاح الجنية وامرأة الماء لإختلاف الجنس لأن قوله تعالى {والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا}[النحل: ٧٢]بين المراد من قوله {فانكحوا ما طاب لكم من النساء}[النساء: ٣] وهو الأنثى من بنات آدم فلا يثبت حل غيرها بلا دليل ولأن الجن يتشكلون بصور شتى فقد يكون ذكرا تشكل بشكل أنثى،كذا في ردالمحتار.

(٢) سواء كانا محدودين في القذف وإن لم يتوبا أو محدودين في الزنا، والأصل في هذا الباب أن كل من يصلح أن يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً ومن لا فلا، كذا في الهندية.

(٣) كذا في التبيين ج٢ص٩٦) والبدائع ج٢ص٢٣١).

٤٠٩- المادة: وينعقد بحضور من لا تقبل له شهادته أصلاً كما إذا تزوج امرأة بشهادة ابنها، ويشترط في الشاهدين أن يسمعا كلامهما معاً فَلَو سمعا كلام أحدهما دون الآخر أو سمع أحدهما كلام أحدهما والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح. (الهندية في أول النكاح ج١ص٢٦٨)

٤١٠- المادة: وهل يشترط فهم الشاهدين العقد مثلاً تزوج امرأة بالغة العربية عند التركيين أو هنديين ولَم يفهما ففي الهندية الظاهر أنه يشترط الفهم مع السماع أيضاً كذا في السراج الوهاج وهو الصحيح، كذا في الجوهرة النيرة فلا يصح النكاح المذكور على الأصح. (الهندية ملخصا ج١ص٢٦٨)

الفصل الثاني في المحرمات

٤١١- المادة: كل امرأة انتسبتْ إليك أو انتسبتَ إليها بالنسب أو الرضاع أو انتسبتما إلى شخص واحد بلا واسطة أو أحدكما بلا واسطة فهي حرام وإن انتسبتما إلى شخص بواسطة فلا. (منية المفتي في باب المحرمات)

٤١٢- المادة: فحرم تزوج أمه وبنته وإن بعدتا وأخته وبنتها وبنت أَخِيهِ وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها إن دخل بها وامرأة أبيه وابنه وإن بعدتا، والكل رضاعاً، والجمع بين الأختين وبين امرأتين أيتهما فرضت ذكراً حرم النكاح بينهما، ويجوز الحبلى من زنا فقط لا من غيره، كذا في الكنز ملخصاً.

الفصل الثالث في الأولياء والأكفاء [١] وغيرهما

[١] في المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى:اعلم أن الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب إلا على قول سفيان الثوري – رحمه الله تعالى – فإنه كان يقول: لا معتبر في الكفاءة من حيث النسب، وحجته في ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم –: »الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى«، وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى {إن أكرمكم عند الله أتقاك}[الحجرات: ١٣]وحجتنا في ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم – »قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل«، وفي حديث جابر – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: »ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء «والمراد من النصوص التي رواها في أحكام الآخرة، وبه نقول: إن التفاضل في الآخرة بالتقوى، ويحكى عن الكرخي – رحمه الله تعالى – أنه كان يقول: الأصح عندي أن لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا؛ لأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح، وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى، ولكن هذا ليس بصحيح.

والكفاءة في خمسة أشياء: (أحدها) النسب، (والثاني): الكفاءة في الحرية، (والثالث): الكفاءة من حيث المال فإن من لا يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفؤا لها؛ لأن المهر عوض بضعها، والنفقة تندفع بها حاجتها، وهي إلى ذلك أحوج منها إلى نسب الزوج فإذا كانت تنعدم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة أولى، والأصح أنها لا تعتبر في كثرة المال، (والرابع): الكفاءة في الحرفة، والمروي عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أن ذلك غير معتبر أصلا، فإن الحرفة غير لازمة فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة، وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب؛ لأنه لازم له، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى معتبرة، (والخامس:) الكفاءة في الحسب، وهو مروي عن محمد قال: هو معتبر حتى إن الذي يسكر فيخرج فيستهزئ به الصبيان لا يكون كفئا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وعن أبي يوسف قال: الذي يشرب المسكر فإن كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفئا، وإن كان يعلن=

٤١٣- المادة: لا ولاية لعبد وصغيرٍ ومجنونٍ ومعتوه وكافر على مسلمة، كذا في الهندية باب الأولياء.

٤١٤- المادة: والولي العصبة بترتيب الإرث، وإن لم تكن عصبة فالولاية للأم ثم الأخت الأعيانية ثم العلاتية ثم ولد الأم وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر، كذا في الكنز.

٤١٥-المادة: إذا كان أحد المتناكحين قاصراً بأن كان صغيراً أو معتوهاً أو مرقوقاً أو مجنوناً فللولي ولاية الاجبار عليه وإذا أفاق فلهما خيار الفسخ في غير الأب والجد بشرط القضاء. (السعيديات ص١٧١ والهندية ج١ص ٢٨٥)

=ذلك لم يكن كفئا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، ولم ينقل عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – شيء من ذلك، والصحيح عنده أنه غير معتبر؛ لأن هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه، انتهى بإختصار. (ج٥ ص ٢٢- ٢٥)

قال القاسم بن قطلوبغا في رسالة في الكفاءة: إن الكفاءة حق الأولياء والزوجة دون الشرع، لو زوجوها بغير الكفء برضاها جاز بالاتفاق، ولو كانت حق الشرع لما سقطت بإسقاط الغير كحرمة الربا لم تسقط برضا المتبايعان، وقال: الكفاءة تختلف بإختلاف الزمان والبلدان والعادة، وفي الغاية: ان اختلاف أئمتنا هو اختلاف عصر كان في زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لم يعدوا الدناءة في الحرفة منقصة لأنهم لم يكونوا ينظرون إلاّ إلى التقوى، وتغير ذلك في زمن الصاحبين فأجابا عن عادة زمانهما، ففي بلد تكون عادتهم التعيير والتفاخر بالحِرَف تعتبر فيها الكفاءة وإلاّ فلا، انتهى باختصار.

وفي ردالمحتار: وأن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف، فلا يعيرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد وأنهم يتخذون ذلك حرفة، فيعيرون بالدني منها فلا يكون بينهما خلاف في الحقيقة بدائع،آه.

٤١٦- المادة: وأما البالغة فلا يجبر عليها بل لابد لصحة النكاح من إذنها بكراً كانت أو ثيباً فإن استأذن الولي البكر فسكتت أو ضحكت غير مستهزية أو زوجها فسكتت كان ذلك إذناً منها، وإن استأذنها غير الولي فلابد من القول كالثيب فالولاية عليها ولاية الاستحباب. (السعيديات ص١٨ والهندية في أول النكاح)

٤١٧- المادة: قال مالك والجصاص والكرخي ومن تبع لهما لا اعتبار للكفاءة في النكاح، ولَم تثبت هذه الرواية أعني اعتبار الكفاءة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما في ردالمحتار (١) وعند الجمهور الكفاءة معتبرة في الرجال للنساء للزوم النكاح كذا في محيط السرخسي، ولا تعبر في جانب النساء للرجال كذا في البدائع. (الهندية)

٤١٨- المادة: والكفاءة تعتبر نسباً فقريش اكفاء فيما بينهم، وكذلك العرب، وغير العرب اكفاء فيما بينهم دون العرب، واسلاماً وأبوان في الاسلام كالأباء، وحريةً، وديانةً، فلا يكون الفاسق كفواً للصالحة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو الصحيح كذا في الهداية، لكن ذكر السرخسي أن الكفاءة من الصلاح غير معتبرة وهو الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في السراج الوهاج، وحرفةً، في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تعتبر الحرفة، وفِي قول أبي حنيفة في رواية وقول

---

(١) عبارة ردالمحتار هكذا:وفي حاشية الدرر للعلامة نوح أن الإمام أبا الحسن الكرخي والإمام أبا بكر الجصاص وهما من كبار علماء العراق، ومن تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة في النكاح، ولو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن أبي حنيفة لما اختاروها وذهب جمهور مشايخنا إلى أنها معتبرة فيه ولقاضي القضاة سراج الدين الهندي مؤلف مستقل في الكفاءة ذكر فيه القولين على التفصيل وبين ما لكل منهما من السند والدليل اهـ. (ج٢ ص ٣٤٥)

أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى تعتبر فالحجام والحائك والكناس والدباغ لا يكون كفواً للعطار والبزاز والصراف قال قاضيخان هو الصحيح. (الهندية)

٤١٩- المادة: ولو زوج طفله غير كفوء بغبن فاحش من المهر صح ولَم يجز ذلك لغير الأب والجد. (كنز)

٤٢٠- المادة: إذا زوجت البالغة نفسها من غير كفوء صح النكاح في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى آخراً وقول محمد رحمه الله تعالى آخراً، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن النكاح لا ينعقد، والمختار في زماننا رواية الحسن، وقال شمس الأئمة رواية الحسن أقرب إلى الاحتياط كذا في فتاوى قاضيخان في فصل شرائط النكاح، وإن لم يكن لها ولي صح النكاح اتفاقاً كذا في النهر الفائق.

الفصل الرابع في المهر

٤٢١- المادة: من نكح امرأة ولَم يسم لها مهراً أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطي الزوج أو خلا بها خلوة صحيحة أو مات الزوج أو ماتت هي وإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها متعة وجوباً وهي قميص وخمار وملحفة هذا في عرفهم، وأما في عرفنا فيعتبر عرفنا كذا في الخلاصة.

وإن سمى لها مهراً فلها ذلك بالوطي أو الموت أو الخلوة، وبالطلاق قبل الوطي وما في حكمه نصف المسمى، وما فرض بعد العقد أو زيد لا ينتصف، كذا في الفصل الثاني من الباب السابع من الهندية ملخصاً.

٤٢٢- المادة: والخلوة الصحيحة أن يكونا في مكان بلا مرض وحيض واحرام وصوم فرض، ولو كان الزوج مجبوباً أو عنيناً أو خصياً فهي كالوطي وتجب العدة فيها. (من المحل المزبور)

٤٢٣- المادة: ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها إذا استوتا سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وبكارةً فإن لم توجد فمن الأجانب، كذا في الكنز.

٤٢٤- المادة: ولو اختلف الزوجان في مقدار المهر حكم مهر المثل، وإن اختلفا في أصل المسمى يجب مهر المثل، وإن اختلفت ورثتهما ولو في قدر المهر فالقول لورثته، وان اختلفا في المبعوث إليها فقال الزوج هو من المهر وقالت هدية فالقول له في غير المهياء للأكل. (من المحل المزبور)

الفصل الخامس في الطلاق

٤٢٥-المادة: الطلاق إما رجعي أو بائن أو ثلاث، والرجعي إما صريح واحداً كان أو اثنين كقول الزوج لامرأته أنت طالق أو كنائي كقوله لها اعتدي واستبرئي رحمكِ وأنت واحدة ونوى الطلاق، وحكم هذه المطلقة صحة الرجوع إليها ما دامت في العدة إما صراحة كقوله لها راجعتكِ مثلاً، وهذه الرجعة لا تحتاج إلى النية، وإما كناية وهي تحتاج إلى النية كالوطي ودواعيه، ويستحب للمراجع أن يشهد على الرجعة خشيةً على الإنكار وبعداً عن التهمة، ولو مضت العدة وتصادقا على الرجوع في العدة صحت الرجعة ولو أنكرت لا تصح والقول قولها بلا يمين. (السعيديات ص٩٦)

٤٢٦-المادة: الطلاق البائن إذا كان أقل من الثلاث واراد الزوج أن يراجعها كان له ذلك بعقد ومهر جديدين برضاها في العدة وبعدها، وغير الزوج لا ينكحها إلا بعد العدة. (من المحل المزبور)

٤٢٧-المادة: ولو أبان الحرة بالطلقات الثلاث أو الأمة بالطلقتين فليس له تزوجها حتى تنكح زوجاً غيره بنكاح صحيح مع الدخول ثم تحصل الفرقة بينهما بالموت والطلاق. (من المحل المزبور)

٤٢٨-المادة: قال في المحيط: كل امرأة أتزوجها أو يتزوجها غيري لأجلي وأجيزه فهي طالق ثلاثا، قال في الحاوي: فحيلته أن يزوجه فضولي بلا أمرهما فيجيزه هو فيحنث قبل إجازة المرأة لا إلى جزاء لعدم الملك ثم تجيز المرأة فإجازتها لا تعمل فيجددان النكاح فيجوز؛ إذ اليمين انعقد على تزويج واحد كذا في المحيط، وهذه الحيلة إنما يحتاج إليها إذا قال في حلفه " وأجيزه "أما لو لم يقل " وأجيزه " قال النسفي بتزوج

الفضولي لأجله تطلق ثلاثا؛ إذ الشرط تزويج الغير له مطلقا، ولكنها لا تحرم عليه لطلاقها قبل دخولها في ملك الزوج قال: ألا يرى أنه بعد عقد الفضولي لو طلقها الزوج ثلاثا لا تحرم عليه إلا أنه لا يقبل الإجازة؛ لأنه صار مردودا فيعقد الفضولي ثانيا لأجله فيجيزه هو فعلا. قال ظهير الدين في فتاواه: وعندي لا حاجة في المرة الثانية إلى عقد الفضولي، بل لو تزوجها بنفسه لا تطلق؛ إذ اليمين انحلت بتزويج الفضولي لا إلى جزاء. (معين الحكام)

٤٢٩- المادة: ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والنائم والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش [1] بخلاف المكره ولو أكره على أن يكتب طلاق امرأته لا تطلق (الهندية

---

[1] في ردالمحتار: قال في التلويح: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثاره وتتعطل أفعالها، إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سببا. اهـ، والمعتوه من العته، وهو اختلال في العقل، والفرق بين المجنون والمعتوه أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير بخلاف المجنون، والمبرسم من البرسام بالكسر علة كالجنون، وفي بعض كتب الطب أنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ، والإغماء آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا وإلا عصم منه الأنبياء وهو فوق النوم، والمدهوش، قال في القاموس: دهش الرجل تحير، وقال في الخيرية: غلط من فسره هنا بالتحير، إذ لا يلزم من التحير وهو التردد في الأمر ذهاب العقل آه والمراد ههنا أن يحصل للرجل دهش زال به عقله وصار لا شعور له، كذا في العقود الدرية.

عن قاضيخان ج١ ص٣٧٩) والسكران فإنه يصح طلاقه ويقع طلاق الأخرس بالإشارة (١) (الهندية في فصل من يقع طلاقه) ولا يقع طلاق الغضبان إن تغير عقله تغيراً نهائياً أو متوسطاً (٢) (الشامي ج٢ ص٤٦٣) ولو قال للكاتب أكتب طلاق امرأتي كان إقراراً بالطلاق وإن لم يكتب. (الشامي ج٢ ص٤٦٥)

---

(١) يريد بالأخرس الذي ولد وهو أخرس أو طرأ عليه ذلك ودام حتى صارت إشارته مفهومة كذا في المضمرات. سواء قدر على الكتابة أم لا كذا في معراج الدراية وفتح القدير. وإن لم تكن له إشارة معروفة يعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل كذا في المبسوط. وإن طرأ عليه الخرس ولم يدم لم تعتبر إشارته. (الهندية ج١ ص٣٥٤)

(٢) قال ابن عابدين في ردالمحتار نقلا عن ابن القيم: الغضبان على ثلاثة أقسام: أحدها أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده، وهذا لا إشكال فيه. والثاني أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريده، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله، الثالث من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر، ثم قال: والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران، آهـ. (ج٢ص٤٦٣)

(تتمة) الطلاق بالكتابة في ردالمحتار: قال في الهندية: الكتابة على نوعين: مرسومة وغير مرسومة، ونعني بالمرسومة أن يكون مصدرا ومعنونا مثل ما يكتب إلى الغائب. وغير المرسومة أن لا يكون مصدرا ومعنونا، وهو على وجهين: مستبينة وغير مستبينة، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته. وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكنه فهمه وقراءته. ففي غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى، وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى الطلاق يقع وإلا لا، وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو ثم المرسومة لا تخلو إما أن أرسل الطلاق بأن كتب: أما بعد فأنت طالق، فكما كتب هذا يقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة.=

٤٣٠- المادة: كل فرقة هي فسخ من جميع الوجوه كإسلام أحد الزوجين أو الردة مع اللحوق بدار الحرب أو الفرقة بخيار البلوغ أو العتق لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها. (السعيديات ص٧٨)

٤٣١- المادة: لو طلق المريض امرأته رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً ومات في عدتها ورثت وبعدها لا، ولو أبانها في مرضه فصح فمات لم ترث، كذا في الكنز.

٤٣٢- المادة: قال أنت حرام وقال ما نويت الطلاق لا يصدق، وليس للمفتي والقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب فيتركا العرف بل يقع الطلاق بدون النية وهي بائنة. (الفتاوى الأنقروية)

=وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب: إذا جاءك كتابي فأنت طالق فجاءها الكتاب فقرأته أو لم تقرأ يقع الطلاق كذا في الخلاصة. (ج٢ ص٤٦٤)

الفصل السادس في الخُلعِ

٤٣٣-المادة: الخُلْع هو الفصل من النكاح والواقع بالخلع والطلاق على مال طلاق بائن، وإذا تخاصم الزوجان وعلمت المرأة انها غير قادرة بحقوق الزوجية أو علم الزوج عجزَ نفسه عن واجبات الزوجية وتراضيا بالخلع على مال جاز ذلك لكن كره له أخذ شيء منها إن كان العجز عن القيام بحقوق الزوجية من قبله وإن كان من قبلها لا. (السعيديات ص١٠٦)

٤٣٤- المادة: والخلع يمين من جانب المخالع ومعاوضة من جانب المختلعة [(١)] وكل ما يصلح مهراً يصلح كونه بدل الخُلْعِ وبعض ما لا يصلح مهراً يصلح أن يكون بدل الخُلْعِ كالأقل من العشرة وما في بطن ابلها وغنمها. (السعيديات في أحكام المعاملات)

٤٣٥- المادة: والواحد لا يصلح في الخُلْعِ وكيلاً من الجانبين بأن وكلت رجلاً بالخلع فوكله الزوج أيضاً سواء كان البدل مسمى أو لا وعن محمد يصح. (في الثالث من طلاق البزازية) [(٢)]

[(١)] يعني أن الخلع من جانب الزوج يمين لأنه تعليق الطلاق بقبول المال، فلو ابتدأ الزوج الخلع، فقال خالعتك على ألف درهم فهو يمين لا يملك الرجوع عنه، وكذا لا يملك فسخه، ولا نهي المرأة عن القبول، ومن جانبها معاوضة لأنه تمليك المال بعوض فيراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه، فَلَو ابتدئت بأن قالت: اختلعت نفسي منك بكذا فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضا، ولا يتوقف على ما وراء المجلس بأن كان الزوج غائبا، حتى لو بلغه وقبل لم يصح، كذا في ردالمحتار.

[(٢)] هكذا ذكره البحر قبيل باب الظهار، وذكر في أول باب الخُلْعِ (ج٤ ص٧٧) عن الخانية: والواحد يتولى الخلع من الجانبين، وفي عتاق الأصل الواحد يكون وكيلا من الجانبين في العتاق والخلع=

٤٣٦- المادة: المحجورة بالسفه لو قبلت الخُلْع وقع ولا يلزمها المال ويكون بائناً إن كان بلفظ الخُلْعِ ورجعياً إن كان بلفظ الطلاق. (من خلع البحر في شرح قوله ولزمتها المال ج٤ ص٨١)

٤٣٧- المادة: ولا يقع البراءة عن نفقة العدة في الخُلْعِ والمبارات والطلاق بالمال إلا بشرط في قولهم. (قاضيخان في الخُلْعِ ج١ص٥٣٠)

٤٣٨- المادة: ولو لقنها الخُلْع بالعربية حتى قالت اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة لا يصح كالبيع، وبه يفتى، وكذا إذا قال لها وهي لا تعرف العربية قولي وهبت مهري منك، وكذا المديون إذا لقن الدائن أن يبرئه عن الدين بالعربية وهو لا يعرف لا يصح في الكل لأن الرضاء شرط في الكل بخلاف الطلاق. (الفتاوى الأنقروية)

=والصلح عن دم العمد إذا كان البدل مسمى، وإلا لا يكون في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه يكون اهـ وفي منحة الخالق: وفي التتارخانية عن الكبرى الواحد يتولى الخلع من الجانبين إن كان خلعا، وهو معاوضة إذا كان البدل مذكورا في رواية هو المختار،آهـ وفي البدائع (ج٣ص١٤٦) والواحد يتولى الخلع من الجانبين وإن كان هذا النوع معاوضة – والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع –؛ لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا؛ لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الموكل؛ ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح، آهـ، وفي المحيط البرهاني: الواحد هل يتولى طرفي الخلع إذا كان البدل مقدرا معلوما؟، وفي رواية يتولى وهو المختارآهـ. (ج٣ص٣٣٦)

الفصل السابع في الإيلاء والظهار

٤٣٩- المادة: إذا حلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر كان مولياً وفِي أقل منها لا، ثم إن جامع في مدة الإيلاء كفر ككفارة اليمين وسقط الإيلاء، وإن لم يجامع فارقت بتطليقة بائنة ،كذا في الكنز ملخصاً.

٤٤٠- المادة: صح الإيلاء من المطلقة الرجعية دون المبتوتة والأجنبية، وإن عجز المولي عن الفيئ بالفعل بأن وطيها لمرض أو بعد مسافة أو صغر أو رتق ففيئه أن يقول فئت إليها. (ملخصاً من السعيديات ص١٠٥)

٤٤١- المادة: الظهار شرطه في المرأة كونها زوجته وفِي الرجل كونه من أهل الكفارة فخرج الصبي والمجنون والكافر ولو ذمياً، وركنه العبارة المشتملة على تشبيه الزوجة بامرأة هي محرمة أو بعضو يحرم النظر إليه على الزوج على التأبيد ولو برضاع أو مصاهرة مثل أنت عليّ كظهر أمي. (السعيديات ص١١٢)

٤٤٢- المادة: لو قال الرجل لامرأته أنت عليّ مثل أمي واستفسر فقال نويت الكرامة أو قال نويت طلاقها أو قال نويت الظهار صدق. (السعيديات ص١١٤)

٤٤٣- المادة: ويجب الكفارة في الظهار قبل القربان وهي تحرير رقبة فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان وأيام منهية فإن وطيها فيها ليلاً أو نَهَارًا أو أفطر استأنف ويصوم فإن لم يستطع الصوم أطعم ستين فقيراً كالفطرة أو قيمته، وتصح الاباحة في الكفارات والفدية دون الصدقات والعشر، كذا في الكنز.

الفصل الثامن في اللعان

٤٤٤- المادة: اللعان مصدر سماعي والقياس الملاعنة، واللعان شهادات مؤكدات بالأيمان، وشرطه قيام النكاح الصحيح بينهما وإسلام الزوجين وحريتهما وعقلهما وبلوغهما وكونهما غير محدودين في قذف، والدخول بها ليس بشرط، واللعان قائم مقام حد قذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة، كذا في السعيديات ص١١٩).

٤٤٥- المادة: فَلَو قذفها بالزنا أو نفي الولد بدأ الحاكم بالزوج فيشهد أربع شهادات أشهد بِالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فإن امتنع من اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه فإن كذب نفسه حُدَّ حد القذف، ثم تشهد المرأة أربع شهادات بِالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد، والخامسة أن تقول غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه [1] فإن صدقته لا شيء عليها لأن الحد لا يقام عليها بالإقرار مرة فكيف بتصديق مرة والحال أن الحد لا يقام عليها

---

[1] لأن اللعان حق مستحق عليها وهي تقدر على إيفائه فتحبس حتى توفي أو تصدقه فيرتفع السبب، فإن صدقته لا تحد لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد، ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان، ولا يجب به الحد، ولو كان القذف بنفي الولد وصدقته فلا حد، ولا لعان، وهو ولدهما لأن النسب إنما ينقطع حكما للعان فلم يوجد، وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله، كذا في التبيين ج٣ ص١٦).

بتصديقها أربع مرات، وقوله تعالى {وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ} [سورة النور–٨] عذاب الحبس، كذا في السعيديات ص١٢١).

٤٤٦-المادة: فإذا تم اللعان الحق الحاكم الولد بأمه ونفاه عن أبيه، ويفرق بينهما فإن لم يصلح الزوج القاذف شاهداً حُدّ وإن صلح والزوجة ممن لا يحد قاذفها بأن كانت زانية مثلاً فلا حد ولا لعان، والقذف بنفي الولد إنما يصح عند التهنئة أو شراء آلة الولادة، وأما بعد ذلك فلا يصح [1]، كذا في السعيديات ص١٢٤).

---

[1] هذ إذا كان الزوج حاضراً عند الولادة، وإن كان غائباً فحالة علمه كحالة الولادة فتعتبر المدة من وقت العلم، كذا في الهداية.

الفصل التاسع في العنين وغيره

٤٤٧- المادة: العنين من لا يصل إلى النساء أو يصل إلى الثيب دون الأبكار، لو وجدت زوجها مجبوباً فرق بينهما في الحال، ولو وجدت عنيناً أو خصياً وهو من نزع خصيتاه أجله القاضي سنة قمرية وهي ثلاث مائة وأربعة وخمسون يوماً وصححه في الواقعات والوالجية وهو ظاهر الرواية كما في الهداية فكان هو المعتمد [1] وفِي الخانية إذا ثبت عدم الوصول أجله القاضي طلب أو لم يطلب، وإذا كان التأجيل في اثناء الشهر يعتبر بالأيام، كذا في البحر ج٤ ص١٣٥).

٤٤٨- المادة: فإن وطي بعد ذلك فلا تفريق وإلا بانت بالتفريق إن طلبت فَلَو قال الزوج وطئتها وأنكرت سواء كان ذلك الاختلاف في الابتداء أو بعد مضي الأجل فإن قال النساء إنها ثيب فالقول قوله مع يمينه فإن نكل في الابتداء يؤجل سنة وإن نكل بعد الأجل تخير للفرقة، وإن قلن إنها بكر ثبت العنة في الابتداء فيؤجل سنة ويفرق في الانتهاء وإن اختارته بطل حقها، كذا في البحر ج٤ ص١٣٥)، وابتداء التأجيل من وقت الخصومة عند القاضي فإن أجلته المرأة أو غير القاضي لا يعتبر، كذا في فتاوى قاضيخان، والهندية، والمحيط.

---

[1] في البحر: واختلفوا في تلك السنة فقيل شمسية وهي تزيد على القمرية بأحد عشر يوما قال في الخلاصة وعليه الفتوى وقيل قمرية وهي ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وصححه في الواقعات والولوالجية وهو ظاهر الرواية كما في الهداية فكان هو المعتمد؛ لأنه الثابت عن صاحب المذهب، آهـ.

٤٤٩-المادة: ولَم يخير أحدهما بعيب مثل الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن، وخالف الشافعي ومالك وأحمد في هذه الخمسة، وخالف محمد في الثلاثة الأول، والرتق انسداد مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظماً، كذا في البحر ج٤ص١٣٧).

٤٥٠- المادة: القاضي لو قضى برد أحد الزوجين بعيب نفذ قضاءه سواء كان القاضي مجتهداً أو مقلداً، كذا في البحر وحواشيه ج٤ص١٣٨). [1]

٤٥١-المادة: وكما يؤجل العنين والخصي يؤجل الشيخ الكبير وإن قال لا أرجو أن أصل إليها، ولا يبطل حقها بترك الخصومة وإن طال الزمان ما لم ترض بذلك. (قاضيخان)

---

[1] هذا إذا لم يقيد قضاءه بالراجح من مذهب الحنفي، فإن قيده لا ينفذ قضاءه لأن القضاء يتقيد كما مر.

الفصل العاشر في العدة

٤٥٢- المادة: العدة انتظار يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهة، لو طلق الرجل زوجته الحرة البالغة طلاقاً رجعياً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى أو حصل الفسخ في النكاح بخيار البلوغ أو بعدم الكفاءة أو ردة أو فرقة عن نكاح فاسد أو وطي بشبهة فعدتها ثلاث حيض. (السعيديات ص١٢٨-١٢٩)

٤٥٣- المادة: وإذا كانت الحرة ليست من ذوات القروء بأن كانت صغيرة أو كبيرة بلغت سن الإياس وهي خمس وخمسون سنة فعدتها تنقضي بثلاثة أشهر، وللأمة الحائضة حيضتان ولغير الحائضة شهر ونصف شهر، وللسبايا حيضة للاستبراء.

٤٥٤- المادة: وعدة الحامل مطلقاً سواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت طلقت أو كان فسخ النكاح أو مات عنها زوجها وضع حملها. (من المحل المزبور)

٤٥٥- المادة: وإذا مات زوج الحرة المسلمة أو الكتابية الصغيرة أو الكبيرة دخل بها أو لم يدخل فعدتها أربعة أشهر وعشراً، ولو كانت أمة بدل الحرة عدتها شهرين وخمسة أيام.

٤٥٦- المادة: العدة عند زوال النكاح الصحيح تجب بالوطي أو الخلوة الصحيحة أو الفاسدة، وفي النكاح الفاسد لا تجب إلا بالوطي. (ردالمحتار ج٢ ص٣٧٣)

٤٥٧- المادة: ولا تجب العدة على الزانية ولو حاملاً لكن يمنع عن الوطي. (من المحل المزبور ج٢ص٦٥٦)

٤٥٨- المادة: وعدة المنكوحة نكاحاً فاسداً والموطؤة بشبهة وأم الولد بثلاث حيض للموت وغيره، كذا في الكنز.

٤٥٩- المادة: وعدة المطلقة بائناً في مرض موته بغير رضاها أبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق. [١]

٤٦٠- المادة: وعدة من اعتدت بالأشهر لإياسها، ثم رئت دم الحيض فينقض ما مضى وتستأنف العدة بالحيض، كذا في البحر ج٤ ص١٥٠).

٤٦١- المادة: وعدة زوجة الصغير إذا كانت حاملاً وقت موته بأن آتت به أقل من ستة أشهر من وقت موته وضع الحمل، وإن آتت به لستة أشهر أو أكثر فعدتها أربعة أشهر وعشراً، والنسب منتف فيهما، كذا في البحر ج٤ ص١٥٤).

٤٦٢- المادة: ومبدأ العدة بعد الطلاق في المطلقة، وبعد الموت في المتوفى عنها زوجها [٢] وبعد التفريق أو العزم على ترك الجماع في المنكوحة بالنكاح الفاسد. (من المحل المزبور ج٤ص١٥٧- ١٥٨)

---

[١] أي لو مضت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض ثلاثا كانت في العدة حتى تحيض ثلاثا، ولو حاضت ثلاثا قبل تمام هذه المدة لم تنقض حتى تتم هذه المدة، كذا في البحر ج ٤ص١٤٨).

[٢] يعني ابتداء عدة الطلاق من وقته وابتداء عدة الوفاة من وقتها سواء علمت بالطلاق والموت أو لم تعلم حتى لو لم تعلم ومضت مدة العدة فقد انقضت؛ لأن سبب وجوبها الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب، وإذا أتاها خبر موت زوجها وشكت في وقت الموت تعتد من الوقت الذي تستيقن فيه بموته؛ لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط وذلك في العمل بيقين كذا في البحر.

٤٦٣-المادة: ولوقالت الزوجة مضت عدتي وكذّبها الزوج فالقول لها مع الحلف [(١)] ولو نكح معتدته فطلقها قبل الوطي وجب مهر تام وعدة مبتدأة [(٢)]ولو طلق ذميٌ ذميةً لم تعتد إذا لم يعتقدوها، وأما إذا اعتقدوها أو كانت حاملاً فعليها العدة اتفاقاً [(٣)]وأما إذا طلق المسلم الذميةَ أو مات عنها فعليها العدة بالاتفاق، كذا في البحر.

٤٦٤-المادة: ومعتدة الطلاق البائن أو الفسخ أو الموت تحد وجوباً بترك الزينة، ولا تخطب صراحة ويجوز التعريض، ومعتدة الموت تخرج يوماً وبعض الليل تكتسب لأنه

[(١)] لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع إذا ادعى الرد والهلاك ، هذا مقيد بكون المدة تحتمل الانقضاء وهي شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما، لأن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر، كذا في البحر ج٤ ص١٥٩).

[(٢)] لأن الدخول في الأول دخول في الثاني في حق المهر ووجوب العدة، هذا فيما كان النكاحان صحيحين، ولو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة، ولو كان على القلب بأن تزوجها أولا صحيحا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها عدة مستقبلة ويجب عليها إتمام العدة الأولى، والفرق أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا تجب العدة بها ولا عليه المهر، كذا في البحر ج٤ص١٦١).

[(٣)] يعني لو طلق ذمي ذمية لم تعتد عند الإمام وقالا عليها العدة والخلاف فيما إذا كانوا لا يعتقدونها أما إذا اعتقدوها فعليها العدة اتفاقا وفيما إذا كانت حائلا أما الحامل فعليها العدة اتفاقا، وأما المسلم إذا طلق الذمية أو مات عنها فعليها العدة اتفاقا؛ لأنها حقه ومعتقده، كذا في البحر ج٤ ص١٦٢).

لا نفقة لها ولا تبيت في غير منزلها، كذا في البحر، والمطلقة لا تخرج لا ليلاً ولا نَهَارًا سواء كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً أو رجعياً، كذا في البدائع في فصل أحكام العدة.

٤٦٥-المادة:ولا يجب الاحداد على الصغيرة والمجنونة والكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقاً رجعياً، وهذا عندنا، كذا في البدائع في فصل أحكام العدة.

الفصل الحادي عشر في الحضانة

٤٦٦-المادة: الحضانة تربية الصبي والصبية تارةً يحتاج إلى من يقوم بماله وتارةً إلى من يقوم بمنافع بدنه حتى لا يلحقه الضرر وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به وأبصر، فالولاية للمال جعلت إلى الأب والجد لأنهما أبصر أقوم بالتجارة من النساء، وحق الحضانة إلى النساء لأنهن أقوم وأبصر على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت، كذا في البحر ج٤ ص١٨٠).

٤٦٧-المادة: الأحق بالحضانة قبل الفرقة وبعدها أم الولد ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم الخالات كذلك ثم العمات كذلك ثم العصبات بترتيبهم، والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغني، وقدر بسبع سنين، وبالجارية حتى تحيض، وغيرهما أحق بها حتى تشتهي، وقدر أبو الليث حد الاشتهاء بتسع سنين، وعليه الفتوى، كذا في البحر ج٤ص١٨١-١٨٥).

٤٦٨- المادة: يسقط حق الحضانة إما بتزويج غير المحرم [1] أو بسكناها عنده، [2]وإذا ارادت غير الأم من النساء أن تخرج الولد من المصر الذي فيه الأب إلى مصر

---

[1] في منحة الخالق على البحر: قال الرملي يعني محرمه النسبي لا الرضاعي فإنه كالأجنبي في سقوط حضانتها به فكان ينبغي أن يقول غير محرمه الرحم تأمل، ج٤ ص١٨٣).

[2] قال صاحب البحر: وقع لي تردد في أن الخالة ونحوها إذا سكنت عند أجنبي من الصغير ولم تكن متزوجة هل تسقط حضانتها قياسا على الجدة إذا سكنت في بيت بنتها المتزوجة أو هذا خاص ببيت زوج الأم باعتبار بغضه له كما هو العادة والذي يظهر الأول؛ لأنه يتضرر بالسكنى في بيت أجنبي عنه، آه قال صاحب منحة الخالق: قال الرملي بل الذي يظهر الثاني لقولهم يطعمه نزرا وينظر إليه شزرا، وهذا مفقود في الأجنبي عن الحاضنة والحديث قد غياه بغاية وهي التزوج فيستمر الحق إلى وجوده=

آخر لم يكن لها ذلك وإن كان ذلك المصر موضع نكاح أم الصبي لأن هذا الحق إنما هو للأم خاصة. (الفتاوى الأنقروية ج١ ص٩٩)

٤٦٩- المادة: ومن له حق الحضانة لا يدفع الولد إليه إلا بالطلب [١] وإذا انتهت مدة الحضانة فالأولى بالحفظ الأقرب فالأقرب من العصبات، وإذا امتنع من الأخذ يجبر عليه. (الفتاوى الأنقروية ج١ ص١٠٠)

=ولم يوجد تأمل. ثم رأيت صاحب النهر قال بعد نقله لما في البحر أقول: الظاهر عدم سقوطها للفرق البين بين زوج الأم والأجنبي اهـ المرجع السابق.

[١] هذا إذا لم تتعين لها أما إذا تعين لها فيجبر، كذا في ردالمحتار.

الفصل الثاني عشر في ثبوت النسب

٤٧٠-المادة: يثبت نسب ولد المنكوحة إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت النكاح، إما بالسكوت من غير اعتراف ولا نفي وإما بشهادة القابلة عند انكار الولادة، ولا يثبت النسب في أقل من ستة أشهر. (١)

وإن اختلفا بعد الولادة فقالت الزوجة نكحتني منذ ستة أشهر وأدعى الزوج الأقل فالقول لها وهو ابنه (٢) كذا في البحر ج٤ ص١٧٦).

٤٧١-المادة: يثبت نسب ولد معتدة الطلاق الرجعي إن جاءت به لأقل من سنتين أو جاءت به لسنتين أو أكثر من سنتين من وقت الطلاق، وفِي هاتين الصورتين تثبت الرجعة أيضاً بخلاف الصورة الأولى (١) كذا في البحر ج٤ ص ١٧٠).

---

(١) أي: يثبت نسب ولد المنكوحة حقيقة إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج بأحد الشيئين إما بالسكوت من غير اعتراف ولا نفي له وإما بشهادة القابلة عند إنكار الولادة؛ لأن الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به أو سكت أو أنكر حتى لو نفاه لا ينتفي إلا باللعان، وفي التحقيق شهادة القابلة لم يثبت بها النسب؛ لأنه ثابت بقيام الفراش وإنما يثبت بها تعيين الولد، ويثبت لستة أشهر لاحتمال أنه تزوجها واطئا لها فوافق الإنزال النكاح، والنسب يحتاط في إثباته، كذا في البحر.

(٢) لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح إلى أقرب الأوقات؛ لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات، كذا في البحر.

٤٧٢-المادة: يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البائن إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق، وإن جاءت به لسنتين من وقت الطلاق أو أكثر فلا يثبت النسب إلا أن يدعي الزوج نسبه منه، ويحمل على الوطي بشبهة في العدة، كذا في البحر ج٤ ص ١٧١- ١٧٢).

٤٧٣-المادة: يثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الموت لا يثبت نسبه منه، كذا في البحر ج٤ص ١٧٣).

٤٧٤-المادة: لو طلق امرأته الحامل بائناً أو رجعياً فولدت فأنكر الزوج الولادة يثبت نسب المولود من المطلق إن شهد رجلان أو رجل وامرأتان، وكذا الحكم إذا مات عنها زوجها وأنكرت الورثة الولادة لأن الفراش قد زال بوضع الحمل فيشترط كمال الحجة وهي ما علمت من الشهادة أو كان الحمل ظاهراً أو اعتراف الزوج في صورة الطلاق أو اعترفت الورثة في صورة الموت، كذا في السعيديات ص١٣٧). [٢]

---

[١] إنما يثبت النسب في جميع الصور الثلاث لاحتمال العلوق في حالة النكاح أو العدة في الأولى، ولاحتماله في حالة العدة في الثانيتين لجواز أنها تكون ممتدة الطهر، وإنما لا تثبت الرجعة في الأولى لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق وبالولادة انقضت العدة فوقع الشك في الرجعة وهي لا تثبت بالشك بخلاف النسب، وتثبت الرجعة في الآخرتين لأنها لما جاءت به لسنتين أو لأكثر من سنتين كانت رجعة؛ لأن العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا، كذا في البحر.

[٢] كذا في ردالمحتار (ج٢ ص٦٨٠) إنقيل: كيف يثبت بشهادة الرجال لأن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل، قلنا: في ردالمحتار : وتصور فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا، آه.

٤٧٥- المادة: أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان لقوله تعالى {وحمله وَفِصالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً} الأحقاف- ١٥] ثم قال {وَفِصالُهُ فِي عامَيْنِ} [لقمان-١٤] فيبقى للحمل ستة أشهر، كذا في الهداية، في فتح القدير لا خلاف للعلماء فيه.

٤٧٦-المادة: يثبت نسب ولد المراهقة إذا آتت به لأقل من تسعة أشهر لأنه يحبل في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر، كذا في البحر ج٤ ص١٧٢). [1]

٤٧٧-المادة: اعلم أن الفراش إما ضعيف وهي الأمة، أو متوسط وهي أم الولد، أو قوي وهي المنكوحة، أو أقوى وهي المعتدة، ويثبت نسب ولد الأمة من المولى بمجرد الدعوى، وينتفي بمجرد النفي، ونسب ولد أم الولد يثبت من غير دعوة لكن ينتفي بمجرد النفي بخلاف ولد النكاح فإنه لا ينتفي إلا باللعان، ويثبت نسب ولد المعتدة ولا ينتفي أصلا لعدم اللعان.

وولد الزنا يثبت نسبه من أمه دون الزاني، ولا لعان بالقذف بنفي الولد في النكاح الفاسد والوطي بشبهة ولا ينتفي النسب، كذا في الفتاوى الأنقروية بتصرف.

---

(1) لأن لانقضاء عدة الصغيرة جهة متعينة وهي الثلاثة الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء فإذا ولدت قبل مضي تسعة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة وإن ولدته لتسعة أشهر فأكثر فهو حمل حادث بعد انقضاء عدتها بالأشهر، كذا في البحر.

الفصل الثالث عشر في أحكام النفقة [١]

٤٧٨- المادة: قال محمد رحمه الله تعالى: النفقة الطعام والكسوة والسكنى، لو تزوج امرأة مسلمة كانت أو كتابية حرة كانت أو رقيقة وجب عليه نفقتها على حسب حال الزوجين فإن كان الزوجان موسرين وجب عليه نفقة اليسار وإن كانا معسرين وجب عليه نفقة الإعسار وإن كان الزوجة موسرة وهو معسر أو بالعكس وجب نفقة الوسط، ولو منعت نفسها للمهر ولو بعد الدخول فلا تسقط به النفقة، كذا في السعيديات ص١٤٤).

٤٧٩- المادة: فَلَو خرجت من بيت زوجها من غير إذنه مانعة من الزوج نفسها من غير حق كانت ناشزة ولا نفقة لها ولو اختلفا في النشوز فالقول قولها. [٢]

٤٨٠- المادة: لو كانت الزوجة صغيرة لا تؤطأ فلا نفقة لها سواء كانت بمنزلها أو بمنزل زوجها، وإن كانت محبوسة أو أخذها رجل من منزل الزوج راضية أو غير راضية أو خرجت لأداء فريضة الحج معها محرم أو لا وليس الزوج معها أو كانت مريضة وهي باقية في بيتها لم تزف فلا نفقة لها، ولو كان للزوجة خادم والزوج موسر وجب عليه نفقة الخادم [٣]كذا في السعيديات ص١٤٥).

---

[١] قال في البحر في باب النفقة: قالوا ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة بالزوجية والقرابة والملك، آهـ ونفقة الرقيقة إنما تجب بالتبوئة كذا في البحر.

[٢] أي حيث لا بينة له، وكذا تسقط بالنشوز النفقة المفروضة، يعني إذا كان لها عليه نفقة أشهر مفروضة ثم نشزت سقطت تلك الأشهر الماضية، بخلاف ما إذا أمرها بالاستدانة فاستدانت عليه فإنها لا تسقط، كذا في ردالمحتار.

[٣] قيد بيسار الزوج؛ لأنه لا يجب عليه نفقة الخادم عند إعساره وهو الأصح؛ لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها.

٤٨١-المادة: الزوجة الصحيحة إذا لم تمنع نفسها من الانتقال مع الزوج فلها النفقة طلبها الزوج أولا، كذا في البحر ج٤ص١٩٧) ولا يفرق بينهما لعجز الزوج عن نفقة وتؤمر بالاستدانة عليه (١) فإن كان القاضي شافعياً وفرق بينهما نفذ قضاءه، وكذا لو فرق حنفي وقع اجتهاده على ذلك، كذا في البحر ج٤ص٢٠٠).

٤٨٢-المادة: إن قضى بنفقة الإعسار ثم أيسر الزوج فعليه نفقة اليسار، ولا تجب نفقة المدة الماضية إلا بالقضاء أو الرضاء (٢) وبموت أحد الزوجين تسقط النفقة المقضية لأنها صلة وليست بعوض، والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية (٣)كذا في البحر ج٤ص-٢٠٢-٢٠٥).

٤٨٣-المادة: لو عجل لها نفقة الشهر مثلاً بعد فرض القاضي أو التراضي ثم مات أحدهما فلا ترد شيئًا. (من المحل المزبور ج٤ص ٢٠٧)

---

(١) لأنه لو فرق بينهما لبطل حقه، ولو لم يفرق لتأخر حقها والأول أقوى في الضرر؛ لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الثاني،كذا في البحر.

(٢) لأن النفقة صلة وليست بعوض فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك فيها إلا بمؤكد وهو القبض، والمراد بالرضا اصطلاحهما على قدر معين للنفقة،كذا في البحر.

(٣) هذا إذا لم يأمرها القاضي بالاستدانة، وأما إذا أمرها بها فلا تسقط في الصحيح لأن للقاضي ولاية عامة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، كذا في البحر.

٤٨٤-المادة: تجب النفقة لمعتدة الطلاق سواء كان رجعيا أو بائناً، ولا تجب النفقة لمعتدة الموت ولا لمعتدة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بمعصية من جهتها كالارتداد وتقبيل ابن الزوج، [1] كذا في البحر ج٤ص٢١٧).

٤٨٥-المادة: تجب النفقة لولده الصغير ولأبويه وأجداده وجداته لو كانوا فقراء، ولا يشارك الأب والجد في نفقة ولده وأبويه، ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا بالزوجية والولادة، كذا في الكنز.

٤٨٦-المادة: لا تجب النفقة لمحرم ليس بقريب كالأخ من الرضاع، ولا لقريب غير محرم وإن كان وارثاً كابن العم، وتجب النفقة لمن هو جامع الوصفين اعني للقريب المحرم إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب بقدر الإرث لو كان وارثه موسراً فإن كان له أم وأخ لأب وأم فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، كذا في البحر.

٤٨٧-المادة: الفقير لا يجبر على النفقة إلا لأربعة للولد الصغير، والبنات البالغات ابكاراً كن أو ثيبات، والزوجة، والمملوك، كذا في نفقة الوالدين من الخانية.

٤٨٨-المادة: صح بيع عرض ابنه لا عقاره للنفقة، ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن، كذا في الكنز.

---

[1] أما المتوفى عنها زوجها فلأن احتباسها ليس لحق الزوج، بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها ألا ترى أن معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه، وأما الفرقة بمعصية من جهتها فلأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة، كذا في البحر.

الفصل الرابع عشر في زوجة المفقود والمجنون والمرتد والغائب

٤٨٩- المادة: المفقود غائب لم تُدْر حياتُه ولا موتُه، كما في البحر، وهو حي في حق نفسه لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته، وميت في حق غيره لا يرث ممن مات حال غيبته، كذا في خزانة المفتين. (من الهندية ج٢ ص٢٩٩)

٤٩٠- المادة: عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: ان مدة الفقد مفوض إلى رأي القاضي فيحكم بما أدى إليه اجتهاده فيقسم ماله حينئذ بين الأحياء من ورثته (الفتاوى الأنقروية) واختار الزيلعي؛ تفويضه للإمام، قال في الفتح: فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته، قال في النهر: وفِي الينابيع: قيل يفوض إلى رأي القاضي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية كذا في ردالمحتار [1] وقيل: إنه مقدر بموت أقران بلده وهو المذهب، وقيل تسعون سنة في الذخيرة عليه الفتوى.

حكم زوجة المفقود

٤٩١- المادة: تعتد زوجة المفقود بعد مضي أربع سنين عند مالك رحمه الله تعالى وهو مذهب الشافعي رحمه الله عليه القديم، وأما الميراث فمذهبهما كمذهبنا في التقدير بتسعين سنة أو الرجوع إلى رأي الحاكم، وعند أحمد إن كان يغلب على حاله الهلاك كمن فقد في الصفين أو في مركب قد انكسر أو خرج لحاجة قريبة فلم يرجع فهذا بعد أربع سنين يقسم ماله ويعتد زوجته، بخلاف ما إذا لم يغلب كالمسافر لتجارة أو سياحة فإنه يفوض إلى رأي الحاكم في رواية وفِي أخرى بتسعين من مولده. (من الشامي ج٣ص٣٦٢)

---

[1] ردالمحتار ج٣ص٣٦٣).

٤٩٢-المادة: قال القهستاني لو أفتى بقول مالك في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن. (من المحل المزبور ج٣ص٣٦٢)

٤٩٣-المادة: الإعسار بالصداق يوجب التخير إذا لم يدخل بها، وبه قال الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما، وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى يفرق بينهما، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا. (بداية المجتهد ج٢ص٤٣- في الفصل الثاني من الباب الثالث من كتاب النكاح)

٤٩٤-المادة: طريق تطليق زوجة المفقود أو الغائب الذي تعذر الإرسال إليه أو أرسل إليه فتعاند إن كان لعدم النفقة فإن الزوجة تثبت بشاهدين أن فلاناً زوجها غاب عنها ولَم يترك لها نفقة ولا وكيلاً بها ولا أسقطتها عنه وتحلف على ذلك فيقول الحاكم فسخت نكاحه أو طلقتك منه أو يأمرها بذلك ثم يحكم به، وهذا بعد التلوم بنحو شهر أو باجتهاده عند المالكية أو فوراً أو متراخياً عند الحنابلة. (الحيلة الناجزة ص١٢٤) [1]

٤٩٥-المادة: زوجة المفقود إن تزوجت وجاء زوجها الأول يبطل العقد الثاني وهي للأول، وإن كان الثاني وطئها فعليه مهر المثل وتعتد من الثاني ثم ترد إلى الأول، كذا في المبسوط لشمس الأئمة ج١١ص٣٧) وما في الهندية ج٢ص٣٠٠) خلاف ذلك فهو ضعيف. [2]

---

[1] ذكر هذا في ملحقات الحيلة الناجزة، في فتوى العلامة الفا هاشم مفتي المالكية بالمدينة المنورة

[2] عبارة الهندية هكذا: فإن عاد زوجها بعد مضي المدة فهو أحق بها، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها، آهـ.=

=اعلم أن المفقود على قسمين:
مفقود في الحروب ومظان الهلاك.
ومفقود ليس كذلك.
فالمفقود في الحروب ومظان الهلاك إن كانت قرائن موته ظاهرة ومضت مدة طويلة حتى غلب على الظن موته يحكم الحاكم بموته، قال ابن عابدين في ردالمحتار تحت قول صاحب الدر المختار"واختار الزيلعي تفويضه للإمام " : قال في الفتح: فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته. قال في النهر: وفي الينابيع: قيل يفوض إلى رأي القاضي، ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية. وفي القنية: جعل هذا رواية عن الإمام. اهـ، قلت: والظاهر أن هذا غير خارج عن ظاهر الرواية أيضا، بل هو أقرب إليه من القول بالتقدير؛ لأنه فسره في شرح الوهبانية بأن ينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير؛ لأنه لم يرد به الشرع بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجتهد، وقال الزيلعي: لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه قد مات اهـ ومقتضاه أنه يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته وعلى هذا يبتنى ما في جامع الفتاوى حيث قال: وإذا فقد في المهلكة فموته غالب فيحكم به، كما إذا فقد في وقت الملاقاة مع العدو أو مع قطاع الطريق، أو سافر على المرض الغالب هلاكه، أو كان سفره في البحر وما أشبه ذلك حكم بموته؛ لأنه الغالب في هذه الحالات وإن كان بين احتمالين، واحتمال موته ناشئ عن دليل لا احتمال حياته؛ لأن هذا الاحتمال كاحتمال ما إذا بلغ المفقود مقدار ما لا يعيش على حسب ما اختلفوا في المقدار نقل من الغنية اهـ ما في جامع الفتاوى، وأفتى به بعض مشايخنا وقال إنه أفتى به قاضي زاده صاحب بحر الفتاوى، لكن لا يخفى أنه لا بد من مضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته لا بمجرد فقده عند ملاقاة العدو أو سفره البحر ونحوه إلا إذا كان ملكا عظيما فإنه إذا بقي حيا تشتهر حياته، فلذا قلنا إن هذا مبني على ما قاله الزيلعي تأمل، آهـ. (ج٣ ص٣٦٣) وهكذا نُقِل في الفتاوى الحقانية ج٤ص٤٦٨)=

=فعلم من قول الزيلعي أن المعتبر غلبة ظن الحاكم عند وجود قرائن الموت ومع هذا لابد من مضي مدة طويلة فحينئذ يحكم الحاكم بموته.

ولابد من حكم الحاكم بموته، في واقعات المفتيين ص٧٢– عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان مدة فقده مفوض إلى رأي القاضي فيحكم بما أدى إليه اجتهاده، هذا نص على أنه إنما يحكم بموته بقضاء لأنه أمر محتمل فما لم يضم إليه القضاء لا يكون حجة ، آه.

وكذا نقله عن الواقعات صاحب الدر المختار، ورجحه صاحب ردالمحتار، وكذا رجحه صاحب الطحطاوي على الدر المختار ج٢ص٥١٠).

وأما إذا لم يكن ثَمّ حاكم يحكم بحكم الشرع فهناك يقوم مقام الحاكم العالم الثقة الذي يرجع إليه الناس في مهماتهم.

قال العلامة عبد الحي اللكنوي رحمه الله تعالى في عمدة الرعاية على شرح الوقاية ج١ص٣٠٩): والعالم الثقة في بلدة لا حاكم فيها قائم مقامه، آه.

ونقل المفتي كفايت الله رحمه الله تعالى في كفاية المفتي ج٦ص٢٣٣) عن الحديقة الندية شرح طريقة محمدية: إذا خلا الزمان من سلطان ذي كفاية فالأمور مؤكلة إلى العلماء ويجب على الأمة الرجوع إليهم ويصرون ولاةً فإذا عسر جمعهم على واحد استقل كل قطر باتباع علمائه فإن كثر فالمتبع أعلمهم فإن استووا أقرع بينهم، آه.

ومثله في كتب المالكية، في بلغة السالك لأقرب المسالك ج٣ص٥٢٩) وتعتد زوجة المفقود حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة في أرض الإسلام عدة وفاة على ما تقدم، ابتداؤها بعد الأجل الآتي بيانه إن رفعت أمرها للحاكم إن كان ثمّ حاكم شرعي، أو لجماعة المسلمين عند عدمه ولو حكما كما في زمننا بمصر؛ إذ لا حاكم فيها شرعي، ويكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلا عارفا شأنه أن يرجع إليه في مهمات الأمور بين الناس، لا مطلق واحد وهو محمل كلام العلامة الأجهوري وهو ظاهر لا خفاء به، انتهى.=

=وبعد حكم الحاكم أو من يقوم مقامه بموته تعتد عدة وفاة.

في الفقه الحنفي في ثوبه الجديد ج٢ص٢٧١): وإذا حكم القاضي بموته تعتد زوجته كما سبق منا عدة وفاة، آه.

القسم الثاني وهو المفقود الذي يظن بقاءه حياً إلى وقت كأن خرج لسياحة أو تجارة أو طلب العلم أو ما أشبه ذلك، فحكمه عندنا أنه حيّ في حق نفسه وميت في حق غيره وهذا حاله إلى موت أقرانه في بلده، وقيل: في جميع البلاد، قيل: يقدر بتسعين سنة من حين ولادته، وقيل: بمائة، وقيل: بمائة وعشرين، واختار المتأخرون ستين، واختار ابن الهمام سبعين، كما في البحر، وتفصيل هذه الأقوال وترجيح ما هو الراجح مذكوران في كتب المذهب المهذب.

اعلم أن المتأخرين لما رؤوا كثرة المفقودين وكان الزمان زمان الفتن جوزوا الفتوى عند الضرورة في امرأة المفقود خاصة دون ماله على مذهب مالك رحمه الله تعالى، وأما لو اختارت المرأة الصبر فالعمل على المذهب لازم لأن الفتوى والقضاء على مذهب الغير لا يجوز بدون الضرورة كما في الرسالة " الحيلة الناجزة" لمولانا أشرف على التهانوي رحمه الله تعالى ص٦٠).

وفي الدر المنتقى شرح الملتقى ج١ص٧١٤- على هامش مجمع الأنهر، وفِي جامع الرموز ج٣ ص ٣٩٠)، وفِي ردالمحتار ج٣ص٣٦٢) وفتح المعين ج٢ص٤٨٦): انه لو أفتى حنفي في هذه المسألة بقول مالك رحمه الله تعالى عند الضرورة لا بأس به، وكذا أفتى مولانا عبد الحي اللكنوي في عمدة الرعاية: وقال أفتيت غير مرة بقول مالك، وكذا مولانا اشرف على التهانوي في الحيلة الناجزة، وكذا في فتاوى دار العلوم ديوبند، وكفاية المفتي، والفتاوى الحقانية.

ويلزم عند القضاء على مذهب مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة أن يراعي شروط مذهبه، قال في الدر المختار ج١ص٢٨١- على ماهش ردالمحتار:ولا بأس بالتقليد عند الضرورة لكن بشرط أن يلتزم جميع ما يوجبه ذلك الإمام لما قدمنا أن الحكم الملفق باطل بالإجماع، آه كذا في الحلية الناجزة.=

=ويشترط في مذهب مالك رحمه الله تعالى المرافعة إلى القاضي إو إلى جماعة العلماء إن لم يكن ثَمّ حاكم شرعي فيطلب الحاكم أولا البينة على نكاح مرأة مدعية مع الزوج الفلان المفقود بينة العقد أو بينة بالتسامع فإن النكاح يثبت بشهادة التسامع، فإذا ثبت عنده النكاح بينهما، فيطلب البينة على فقد زوجها الفلان، فإذا ثبت عند القاضي فقده يتفحث ويفتش عن حال المفقود من حياته وموته بالطريق الذي يمكن ولا يكتفي بكشف أولياء الزوج أو الزوجة، ثم بعد اليأس من معرفة حياته وموته يضرب لها أجل أربع سنين فإذا انتهى الأجل فلا حاجة إلى القضاء بموته لكن الاحتياط أن تأتي المرأة أو وكيله إلى القاضي فيقضي بموت زوجها المفقود، هكذا في الحيلة الناجزة ثم اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، وعند انقضائها حلت ولها اختيار الزوج الآخر، وأما المدة قبل المرافعة فلا اعتبار لها سواء كانت طويلة أو قصيرة.

في المدونة الكبرى ج٢ص٣٠): قلت: أرأيت امرأة المفقود أتعتد الأربع سنين في قول مالك بغير أمر السلطان؟ قال: قال مالك: لا، قال مالك: وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه فإذا يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين فقيل لمالك: هل تعتد بعد الأربع سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟ قال: نعم، ما لها وما للسلطان في الأربعة أشهر وعشر التي هي العدة، انتهى، وفِي بداية المجتهد مثل ذلك. (ج٢ ص٤٢)

ولا بد للقاضي من البحث عنه بنفسه أو أعوانه لا يكتفي بتفتيش أولياء الزوج أو الزوجة لما جاء في شرح الدردير ج٢ص٤٧٩) ويؤجل من حين العجز عن خبره بالبحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان بأن يرسل الحاكم رسولا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها، آهـ وفِي الشامل ج١ص٤٧٨) ثم يؤجل الحر أربع سنين بعد العجز عن خبره لا حين الرفع على المشهور ،آهـ وكذا في الحيلة الناجزة ص٦٤).=

=وهذا مذهب مالك رحمه الله تعالى في امرأة المفقود خاصة لا في ماله وفِي المفقود الذي فقد في دار الاسلام.

وأما المفقود في دار الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته، قال ابن رشد في بداية المجتهد ج٢ص٤٢): وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالبا، والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة: مفقود في أرض الإسلام، وقع الخلاف فيه، ومفقود في أرض الحرب ومفقود في حروب الإسلام – أعني: فيما بينهم –، ومفقود في حروب الكفار، والخلاف عن مالك وعن أصحابه في ثلاثة الأصناف من المفقودين كثير: فأما المفقود في بلاد الحرب: فحكمه عندهم حكم الأسير، لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته، ما خلا أشهب، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين. وأما المفقود في حروب المسلمين فقال: إن حكمه حكم المقتول دون تلوم. وقيل: يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك سنة، وأما المفقود في حروب الكفار: ففيه في المذهب أربعة أقوال: قيل: حكمه حكم الأسير، وقيل: حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة، إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره، فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم. والقول والرابع: حكمه حكم المقتول في زوجته، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله، انتهى.

والمراد من دار الحرب هي التي لم تكن بين أهلها وبين المسلمين مصالحة وأما إذا كانت بينهم وبين المسلمين مصالحة ويمكن للمسلمين تفتيش المفقود في دارهم فحكم المفقود فيها كحكم المفقود في دار الاسلام، لأن مدار الفرق بين بلاد الاسلام وبلاد الحرب على الفحث والتفتيش عن حال المفقود في بلاد الاسلام فيوجد اليأس من معرفة موته فَلَو أمكن الفحث في بلدة الحرب أيضا فحكمها حكم بلاد الاسلام ، كذا في الحيلة الناجزة ص٦٦) وكذا في فتوى العلامة محمد طيب بن اسحق الانصاري المالكي المنقولة في آخر الحيلة الناجزة ص١٢٥) وَالله تعالى اعلم.=

=(الخلاصة) المفقود إن كان مفقوداً في الحروب ومظان الهلاك كالمفقودين في واقعة جنرال عبد المالك فحكمه إن طلبت امرأته التفحث في حق زوجه المفقود ولا تصبر حتى يستبين موته بالبينة أو بموت أقرانه أن ترفع قضيته إلى القاضي أو إلى من يقوم مقامه فيطلب القاضي أولا البينة على النكاح وعلى فقد الزوج، ثم يكشف عن حاله حتى يغلب على ظنه موته فيحكم بموته، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة فحلت ولها اختيار الزوج.

وإن لم يكن مفقوداً في الحروب ومظان الهلاك كمن خرج لطلب العلم أو للتجارة أو غيرهما وكان مفقودا في دار الاسلام أو في دار الحرب لكن يمكن الفحث عن حاله فحكمه في حق امرأته خاصة إن طلبت التفحث في حق زوجه المفقود ولا تصبر حتى يستبين موته بالبينة أو بموت أقرانه أن ترفع قضيته إلى القاضي أو إلى من يقوم مقامه فيطلب القاضي أو من يقوم مقامه أولا البينة على النكاح وفقد الزوج ثم ينكشف القاضي عن حال موته وحياته بالطريقة الممكنة في الوقت والزرائع التي توجد في الوقت الحاضر ثم بعد اليأس من معرفة حاله يؤجل امرأته اربع سنين فإذا انتهى الأجل اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وعند انقضاها حلت فلها اختيار الزوج، وَالله تعالى اعلم وعلمه أتم واكمل.

(تنبيه) يلزم على القضاة الذين تقيد قضاءهم بالمذهب الحنفي عند قضاء في امرأة المفقود على مذهب مالك رحمه الله تعالى أن يستجازوا من مقام الإمارة أو من الإدارة التي عندها هذا الاختيار لأن القضاء يقبل التقييد، في مجلة الاحكام الماد –١٨٠١– القضاء يتقيد إلخ.

وفي درر الحكام في شرح مجلة الاحكام: تقييد القضاء بالعمل بقول مجتهد في المسائل الشرعية الخلافية، فلو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد أي باجتهاد مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة القطر أوفق فعلى القاضي أن يحكم برأي واجتهاد ذلك المجتهد، وقد ورد في تقرير المجلة (أنه من الواجب العمل بأمر إمام المسلمين بالعمل بأحد القولين في المسائل المجتهد فيها) فعلى ذلك ليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد فإذا عمل وحكم=

=لا ينفذ حكمه لأنه لما كان القاضي غير مأذون بالحكم بما ينافي ذلك الرأي فلم يكن القاضي قاضيا للحكم بالرأي المذكور، أنتهى.

(تتمة) إذا تزوجت امرأة المفقود بعد حكم الحاكم بموته وبعد انقضاء عدة الوفاة ثم جاء الزوج الأول حياً ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر.

في المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى: كان عمر رضي الله تعالى عنه يقول في المرأة إذا نعي إليها زوجها فاعتدت، وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حيا إنه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر، هذا قوله الأول، وقد صح رجوعه عنه إلى قول علي – رضي الله عنه –، فإن علياً كرم الله تعالى وجهه كان يقول ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ إبراهيم – رحمه الله – فيقول: قول علي – رضي الله عنه – أحب إليّ من قول عمر – رضي الله عنه –، وبه نأخذ أيضا؛ لأنه تبين أنها تزوجت، وهي منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هي من المحرمات في حق سائر الناس كما قال الله تعالى: {والمحصنات من النساء}]النساء: ٢٤[فكيف يستقيم تركها مع الثاني ... ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة. (ج١١ص٤٠)

وأما أولادها بعد نكاح الزوج الثاني فإن جاءت بالولد لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين فهو للثاني.

في المحيط البرهاني: قال أبو حنيفة: الأولاد للزوج الأول على كل حال، وقال أبو يوسف ومحمدا: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج الثاني، فالولد للزوج الأول، وإن جاءت به لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين. قال أبو يوسف: هو للثاني، وقال محمد: هو للأول، وروى أبو عصمة سئل ابن معاذ عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة أنه رجع عن هذا القول وقال: الأولاد للثاني. فوجه قولهما: أن الثاني يساوي الأول في السبب الموجب لثبات=

=النسب وهو الفراش، وترجح على الأول بحكم الوطء وما يقوم مقامه وهو الخلوة الصحيحة، انتهى. (ج٣ص٤ ٣٣)

(تتمة أخرى) نفقة إمرأة المفقود ما دام في نكاحه وأولاده هل هي في ماله ؟

نعم نفقة زوجته في ماله غنية كانت أو فقيرة، وكذا نفقة أولاده الصغار أو الكبار من الإناث أو الزمنى من الذكور، والأحوط أخذ الكفيل منهم لجواز أن عجل النفقة لهم قبل فقده.

في المبسوط: ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا الزوجة لأن حياته معلوم، ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة في مال الحي سوى الزوجة؛ لأن استحقاق الزوجة بالعقد، فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه، وذلك موجود في حق المفقود، فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة، وذلك ينعدم بغنى المستحق ... وينفق القاضي على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الإناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف ... وإن استوثق منهم بكفيل فحسن، وإن لم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضا إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقها قبل أن يفقد، أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر في الاستيثاق بالكفيل، وهذا قولهم جميعا؛ لأن هذه كفالة للمفقود وهو معلوم، ولكن لا يجب على القاضي أخذ الكفيل من غير خصم يطلب ذلك، وليس هنا خصم طالب، فلهذا يسعه أن لا يأخذ كفيلا، انتهى بحذف. (ج١١ص٤١) وكذا في الهداية وشرحها البناية ج٧ص٣٦٠) وَالله تعالى أعلم وعلمه أتم وأكمل.

(تتمة) لما كثر المفقودون في الحروب وغيرها وكان الزمان زمان الفتن أردتُ أن أذكر بعون الله تعالى وتوفيقه مسألة امرأة المفقود على ما وقع في قلبي عند مطالعة كتب المذهب فإن كان صوابا فمن الله تعالى وإلا فلا.

٤٩٦-المادة: زوجة المجنون إذا كانت لا تطيق المقام معه فلها خيار الفسخ كالعنة عند محمد كما في كتاب الآثار لمحمد في باب الرجل يتزوج وبه عيب [١] إن كان الجنون حادثاً، وإن كان قديماً أو به مرض لا يرجى برؤه كالجب فلها الخيار إن شاءت رضيت وإن شاءت رفعت الأمر إلى الحاكم حتى يفرق بينهما، كذا في المضمرات، وفِي الهندية ج١ص٥٢٦) عن الحاوي القدسي وبه نأخذ. [٢]

٤٩٧-المادة: منكوحة ارتدت والعياذ بِالله تعالى حكي عن أبي النصر وأبي القاسم الصفار انهما قالا: لا يقع الفرقة بينهما حتى لا تصل إلى مقصودها إن كان مقصودها الفرقة، وفِي الروايات الظاهرة يقع الفرقة وتحبس المرأة حتى تسلم ويجدد النكاح سداً لهذا الباب عليها، كذا في قاضيخان في فصل الفرقة بين الزوجين ج١ص٥٤٦) وعلى الأول أفتى بعض مشائخ سمر قند حسما لإحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر، وعامة مشائخ بخارا أفتوا بالفرقة وجبرها على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم يحصل بذلك. [٣](فتح القدير باب نكاح أهل الشرك ج٣ص٤٢٩)

---

[١] عبارة محمد رحمه الله تعالى هكذا: إن كان الرجل به العيب فكان عَيْبًا يحتمل فالقول عندنا ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وإن كان عَيْبًا لا يحتمل فهو بمنزلة المجبوب والعنين تخير امرأته فإن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته.

[٢] عبارة الهندية هكذا: قال محمد – رحمه الله تعالى – إن كان الجنون حادثا يؤجله سنة كالعنة، ثم يخير المرأة بعد الحول إذا لم يبرأ، وإن كان مطبقا فهو كالجب وبه نأخذ كذا في الحاوي القدسي، آه.

[٣] ثم قال: ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا، وتعزر خمسة وسبعين، آه.

المقالة الثالثة في الحدود

الفصل الأول في حد الزنا

٤٩٨- المادة: الحد عقوبة مقدرة لِله تعالى [1] فخرج التعزير لعدم التقدير، وخرج القصاص لأنه حق العبد فلا يسمى حداً [2] والحدود شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس ففي حد الزنا صيانة الأنساب وفِي حد السرقة صيانة الأموال وفِي حد الشرب صيانة العقول وفِي حد القذف صيانة الأعراض، كذا في البحر ج٥ ص٢).

شرائط إثبات الحد في الزنا [3]

٤٩٩- المادة: ثبوت حد الزنا إما بشهادة أربعة من الرجال عند الحاكم [4] وإما بإقراره أربعاً في المجالس الأربعة.

٥٠٠- المادة: الشرط الأول: إن كان ثبوت الزناء بالشهادة فلابد أن يشهد الشهود بلفظ الزناء فإن كانت الشهادة بلفظ الوطي أو الجماع لا يثبت الحد، كذا في البحر.

---

(1) هذ هو المعنى الشرعي للحد، وأما معناه لغة هو المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول والسجان حدادا لمنعه عن الخروج.

(2) لأن الحد لا يقبل الإسقاط مطلقا بعد ثبوت سببه عند الحاكم وحق العبد ليس كذلك.

(3) هذه الشروط مأخوذة من كتاب الحدود من البحر فليراجع إليه.

(4) إنما شرط في الزنا شهادة أربعة من الرجال لقوله تعالى {فاستشهدوا عليهن أربعة منكم}]النساء: ١٥[وقال تعالى {ثم لم يأتوا بأربعة شهداء}]النور: ٤[»وقال – عليه السلام – للذي قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك« ولأن في اشتراط الأربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب إليه شرعاً.

٥٠١- المادة: الشرط الثاني: اتحاد المجلس لصحة الشهادة حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم لقول عمر رضي الله تعالى عنه: لو جاؤوا متفرقين مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم، كذا في البحر، وعن محمد إذا كانوا قعوداً في موضع فقام واحد بعد واحد وشهدوا فالشهادة جائزة وإن كانوا خارجين من المسجد فدخل واحد وشهد فخرج ثم دخل آخر لا تقبل.

٥٠٢- المادة: الشرط الثالث: ان الحاكم يسأل الشهود عن ماهية الزنا وهو إدخال الفرج لأن الزنا يطلق على زنى العين أيضا فإن بينوا حُدّ وإلا لا. (الفتاوى الأنقروية)

٥٠٣- المادة: الشرط الرابع: أن يسألهم الحاكم عن كيفية الزنا انه بالطوع أو بالإكراه فإن بينوا أنه بالطوع حُدّ وإلا لا سواء كان الإكراه من السلطان أو غيره.

٥٠٤- المادة: الشرط الخامس: أن يسألهم عن مكان الزنا فإن بينوا انه في دار الاسلام دون دار الحرب حُدّ وإلا لا، كذا في البحر.

٥٠٥- المادة: الشرط السادس: أن يسألهم عن زمان الزنا فإن بينوا ان الزنا لم يتقادم عهده حُدّ وإلا لا لأن الشهادة على حد متقادم سوى حد القذف لا يوجب الحد، وتقدير التقادم عند الإمام مفوض إلى رأي الحاكم في كل عصر لكن الأصح عند محمد انه يقدر بشهر، كذا في البحر.

٥٠٦- المادة: الشرط السابع: أن يسألهم الحاكم عن مزنية فإن سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنهما زنيا فلا حد على المشهود عليه ولا على الشهود، كذا في البحر.

٥٠٧- المادة: الشرط الثامن: أن يبينوا معاينة فعل الزنا بأن يقول رأيناه كالميل في المكحلة وإلا يسقط الحد للشبهة، كذا في البحر.

٥٠٨- المادة: الشرط التاسع: تعديل شهود الزنا سراً وجهراً فإن لم يثبت عدالتهم فلا يحكم بالحد، من البحر.

٥٠٩- المادة: الشرط العاشر: أن لا يتحقق شبهة كوطي معتدة الثلاث على ظن انها حلال أو كوطي اجنبية زفت إليه وقيل هي زوجتك فإنه لا حد في هاتين الصورتين، من البحر.

٥١٠- المادة: الشرط الحادي عشر: أن يكون الجماع في موضع مخصوص فَلَو كان في غير قُبل لا يحد، كذا في البحر.

٥١١- المادة: الشرط الثاني عشر أن يكون الزنا في دار الاسلام فَلَو وقع في دار الحرب أو البغي لا يحد، كذا في البحر والهداية.

٥١٢- المادة: الشرط الثالث عشر: أن لا يكون الزاني صبياً ولا مجنوناً فَلَو زنى صبي أو مجنون فلا حد، كذا في البحر.

٥١٣- المادة: الشرط الرابع عشر: أن لا يكون الزنا بمستأجرة فإن وطي امرأة مستأجرة ليزني بها فلا حد عند الإمام، وقال الصاحبان يجب الحد، كذا في البحر ج٥ص١٩). [1]

---

[1] أي إذا استأجرها ليزني بها، أي ليس فيه حد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويعزر على قوله أشد التعزير، كما في الطحطاوي على الدر المختار ج٢ص٣٩٨) وكثير من الفقهاء رجحوا قول الصاحبين، في الدر المختار: والحق وجوب الحد كالمستأجرة للخدمة، آه وكذا رجحه ابن الهمام في فتح القدير ج٥ص٤٢).

٥١٤-المادة: الشرط الخامس عشر: أن لا يكون الزنا بالإكراه فَلَو زنى بإكراه سواء كان المكره سلطاناً أو غيره لا يجب الحد، كذا في البحر.

٥١٥-المادة: الشرط السادس عشر: أن لا يدعي الزاني أن المزنية امرأته فَلَو زنى رجل بامرأة فأخذ وقال هي امرأتي وللمرأة زوج معروف فانه يسقط الحد عنهما. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥٢)

٥١٦-المادة: الشرط السابع عشر: فقدان عقد النكاح فَلَو نكح امرأة محرمة عليه وزنى بها لا يحد عند الإمام، وقال الصاحبان عليه حد، كذا في البحر.

٥١٧-المادة: الشرط الثامن عشر: أن تكون المزنية بالغة أو صبية تجامع مثلها فَلَو كانت صبية لا تجامع مثلها لا حد عليه. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥١)

٥١٨-المادة: الشرط التاسع عشر: أن المزنية العاقلة البالغة إنما تحد إذا لم يكن من زنى بها صبياً فَلَو دعت صبياً فوطيها لا حد عليها علمت بالحرمة أو لم تعلم، كذا في الفتاوى الأنقروية نقلا من حدود الخانية ج١ص١٥٢).

٥١٩-المادة: الشرط العشرون أن الشهادة إنما تكون موجبة للحد إذا كانت على نفس فعل الزنا وإما إذا شهدوا على رجل انه أقر بالزنا لا تقبل شهادتهم ولا يلزم الحد. (الفتاوى الأنقروية نقلاً عن فتاوى ابن نجيم)

٥٢٠-المادة: الشرط الحادي والعشرون: أن لا تكون الشهادة على زنى الأخرس فَلَو كانت الشهادة على الأخرس فلا تقبل لاحتمال انه يدعي شبهة، من البحر.

والحد بالإقرار أيضاً لا يثبت إلا بالشروط

٥٢١- المادة: الشرط الأول: أن يكون الإقرار صريحاً فَلَو أقر الأخرس بالزنى بكتابة أو إشارة لا يحد لعدم الصراحة، كذا في البحر.

٥٢٢- المادة: الشرط الثاني: أن لا يظهر كذبه في إقراره فَلَو أقر فظهر مجبوباً أو أقرت فظهرت رتقاء بإخبار النساء لا حد في هاتين الصورتين. (من البحر)

٥٢٣- المادة: الشرط الثالث: أن لا يكون المقر بالزنى بحيث يكون زناه متعلقاً بمن به خرس فَلَو أقر انه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما، كذا في فتح القدير.

٥٢٤- المادة: الشرط الرابع: أن يكون إقراره في حالة الصحو لما في المحيط لو أقر السكران بالزنى أو بالسرقة لا يحد. (من البحر)

٥٢٥- المادة: الشرط الخامس: أن يكون المقر عاقلاً بالغاً لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر وغير موجب للحد. (من الهداية)

٥٢٦- المادة: الشرط السادس: أن يكون الإقرار أربع مرات في أربع مجالس بأن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي كما فسره محمد رحمه الله تعالى، وإن لم يكن إقراره كذلك لا يوجب الحد. (من البحر)

٥٢٧- المادة: الشرط السابع: أن يجيب المقر عن الأشياء الخمسة عند سؤال الحاكم، ماهو، وكيف هو، وأين زنى، ومتى زنى، وبمن زنى. (من البحر)

٥٢٨- المادة: الشرط الثامن: أن يكون ثبوت الإقرار للحاكم بنفسه في مجلسه لا بالبينة والشهادة لأن البينة على الإقرار لا تقبل أصلاً. (من البحر)

٥٢٩- المادة: الشرط التاسع: أن إقرار المقر بالزنى إنما يوجب الحد إذا لم يكذبه الآخر فَلَو كذبه يسقط الحد فإن أقر الرجل بالزنى بفلانة وكذبته دُرئ الحد عن الرجل. (من البحر)

٥٣٠- المادة: ان الإقرار إنما يكون موجبا للحد إذا لم يرجع المقر عن إقراره قولاً ولا فعلاً كما إذا هرب فإن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه سقط الحد. (من البحر)

٥٣١- المادة: وندب تلقينه بلعلك قبّلت أو لمست أو وطئت بشبهة، فإن كان محصناً رجمه يبدأ الشهود به فإن امتنع الشهود [١] أو غابوا أو ماتوا سقط الحد، وإن كان من زنى غير محصن يجلد مائة جلدة للحر ونصفها للعبد بسوط لا عقدة له متوسطاً وفرق على بدنه. (من البحر)

٥٣٢- المادة: شرائط الإحصان ستة اسلام الزوجين، وبلوغهما، وعقلهما وحريتهما، والدخول بالمنكوحة بنكاح صحيح [٢] واحصان كل واحد من الزوجين شرط عندنا ليصير الآخر به محصناً، فَلَو أن عاقلاً بالغاً حراً تزوج امرأة صغيرة أو أمة أو ذمية ودخل بها لا يصير محصناً. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٤٩)

---

[١] أي إن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد؛ لأنه دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط ولا يجب الحد عليهم لو امتنعوا؛ لأنه دلالة الرجوع لا صريحه، وامتناع البعض أو غيبته كالكل، وكذا إذا خرج بعض الشهود عن الأهلية بارتداد أو عمى أو خرس أو فسق سواء كان قبل القضاء أو بعده؛ لأن الإمضاء من القضاء في الحدود، كذا في البحر.

[٢] هذا ينتظم شرطي النكاح: الصحيح، والدخول فيه فكملت الستة.

٥٣٣- المادة: واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد. (من حدود البدائع في فصل الإحصان)

٥٣٤-المادة: ثمانية من الاحكام لا يجوز جمعها مع الثمانية -١- الحد مع المهر [١] -٢- الأجر مع الضمان -٣- العشر مع الخراج -٤- الوصية مع الميراث -٥- زكوة الفطر مع زكوة التجارة -٦- القصاص مع الدية -٧- الجلد مع الرجم -٨-. [٢] (من خزانة المفتين والتاتارخانية)

٥٣٥-المادة: لو اعتاد اللواطة قتله الإمام محصناً كان أو غير محصن سياسة، كذا في الوطي الذي لا يوجب الحد. (من حدود ابن الهمام)

٥٣٦- المادة: الذمي إذا زنى بذمية وثبت عليهما بطريق شرعي تحدان بالجلد لا بالرجم عند الإمام رحمه الله تعالى خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥٢)

---

[١] أما الحد مع الضمان ففي الأنقروية ج١ص١٥٢): لا يجتمعان إلا في مسألتين، الأولى إذا زنى بجارية بكر يجب الحد ونقصان البكارة، والثانية إذا شرب خمر ذمي بغير إذنه يجب الحد وقيمة الخمر آهـ.

[٢] لعل الثامن ترك من الناسخ، ولعل الثامن لا يجتمع الحد مع اللعان، وذكر في النطف: زيادة على هذا لا يجتمع الحيض مع الحبل، ولا الإطعام مع الصيام، ولا النكاح مع ملك اليمين، ولا البينة واليمين، ولا المهر مع المتعة في معنى الوجوب.

٥٣٧- المادة: واطي البهيمة يعزر فإن كانت البهيمة للواطي ففي شرح الطحاوي وحدود الأصل تذبح ولا تؤكل [(١)] وفِي الفتاوى الصغرى إنها تؤكل، وأفتى أبو سعيد بهذا، وقال الصدر الشهيد الاعتماد على رواية شرح الطحاوي. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥٢)

[(١)] بل تحرق بعد الذبح لقطع التحدث، ولا تحرق قبل الذبح، وإن كان لغير الواطي يضمن الفاعل ثم تذبح، كذا في الأنقروية.

الفصل الثاني في حد القذف

٥٣٨- المادة: القذف نسبة المحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالةً [(١)] والقذف إنما يوجب الحد بشروط:

[(١)] قذف المحصن من الكبائر اجماعاً قال الله تعالى {إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم}]النور: ٢٣[وليس هو من الكبائر مطلقا بل بحضرة أحد أما القذف في الخلوة فصغيرة عند الشافعية كما في شرح جمع الجوامع وقواعدنا لا تأباه؛ لأن العلة فيه لحوق العار وهو مفقود في الخلوة، وأما قذف غير المحصن فليس من الكبائر لأنه قيد به في الآية الكريمة ولذا لم يجب به الحد، كذا في البحر.

في النتف : ولا يضرب القاذف الحد الا أن تكون خمس عشرة خصلة في المقذوف، احدها ان يكون مسلما، والثاني ان يكون حرا، والثالث ان يكون بالغا، والرابع ان يكون عاقلا في قول ابي حنيفة وصاحبيه وابي عبد الله وفي قول مالك يحد المجنون والصبية ولا يحد الصبي، والخامس ان يكون عفيفا، والسادس ان يكون متكلما ولا يكون اخرس، والسابع ان لا يكون محدودا فى الزنا، والثامن لم يكن وطئ امرأة بنكاح فاسد، والتاسع لم يكن وطئ امرأة بملك فاسد، والعاشر لا يكون مجنونا، والحادي عشر ان لا تكون رتقاء ان كانت امرأة، والثاني عشر لا يكون ولده ، والثالث عشر لا يكون ولد ولده، والرابع عشر لا يموت قبل ان يحد القاذف فان مات فانه لا يحد لان الحدود لا تورث في قول ابي حنيفة وصاحبيه وابي عبد الله وتورث في قول الشافعي، والخامس عشر أن يطلب المقذوف الحد، انتهى.

وفي الأنقروية: أربعة عشر نفراً يعزر قاذفهم ولا يحد، إذا قذف عبداً، أو أمة، أو مدبراً، أو مكاتباً، أو أم ولد، أو صبياً، أو مجنوناً، أو كافراً، أو محدوداً، أو قال زنيت بأتان، أو ببقرة، أو محدوداً في الزنى، أو امرأة ملاعنة بولد، أو قذف امرأة ولها أولاد لا يعرف لهم والد، من خزانة الفقيه أبي الليث. (ج١ص١٥٣)

٥٣٩- المادة: الشرط الأول: إحصان المقذوف، وهو أن يكون عاقلاً بالغاً حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا فلا حد على من يقذف الصبي والمجنون والعبد والكافر وغير العفيف، كذا في السعيديات ص٢١٧).

٥٤٠-المادة:الشرط الثاني: عجز القاذف عن إثبات قذفه بالبينة وإن أقام البينة حُدّ المقذوف حد الزنا وبرئ القاذف، كذا في السعيديات ص٢١٨).

٥٤١- المادة: الشرط الثالث: أن لا يكون المقذوف أخرس لأن الحد لا يكون إلا بطلب المقذوف، وطلب الأخرس بالإشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه. (من البحر ج٥ ص٣٤)

٥٤٢- المادة: الشرط الرابع: انه لابد لوجوب الحد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف الرتقاء أو مجبوباً لا يجب الحد لأنهما لا يلحقهما العار لكذبه بيقين. (من البحر ج٥ ص٣٤)

٥٤٣- المادة: الشرط الخامس: أن يثبت القذف بشهادة رجلين أو باقرار القاذف مرة، ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا شهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي. (من البحر ج٥ص٣٢)

٥٤٤- المادة: من قذف أو زنى أو شرب مراراً فحد فهو لكله، ولو قذف واحد جماعةً بكلمة أو كلمات متفرقة فيحد حداً واحداً. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥٣)

٥٤٥-المادة: من قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد، [١]كذا في القذف من الهداية.

٥٤٦-المادة: إذا حُدّ المسلم بسبب قذفه فلا شهادة له أبداً وإن تاب.

٥٤٧- المادة: حد القذف أن يجلد ثمانين جلدة ، كذا في السعيديات ج١ص ٢٢١).

٥٤٨- المادة: يبطل حد القذف بموت المقذوف، ولا يبطل برجوع القاذف عن الإقرار ولا بعفو المقذوف سواء كان بعوض أو بغيره، لكن إن ذهب العافي لا يقيم الحد لعدم الطلب فإن عاد وطلب يحد. [٢] (من البحر ج٥ ص٣٩)

---

[١] لأنه عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته له في أسباب المروءة، كذا في البحر ج٥ ص٣٦).

[٢] في البحر: وقد توهم بعض حنفية زماننا من عدم صحة العفو أن القاضي يقيم الحد عليه مع عفو المقذوف ، وهو غلط فاحش فقد صرح في المبسوط بأنه إذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفا المقذوف عنه بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد ولكن الحد وإن لم يسقط بعفوه فإذا ذهب العافي لا يكون للإمام أن يستوفيه لما بينا أن الاستيفاء عند طلبه وقد ترك الطلب إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد؛ لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن. اهـ.

الفصل الثالث في حد الشرب

٥٤٩- المادة: حد شرب الخمر وحد السكران من غير الخمر ثمانون جلدة بخشبة أو جريدة أو نعل أو قطعة جلد [1] وللعبد نصفه، كذا في السعيديات ج١ ص٢١٧).

٥٥٠- المادة: يثبت الشرب بشهادة رجلين أو باقرار مرة، ولا تقبل فيه شهادة النساء، من الهداية.

---

(1) هذا التعميم لم أجده في كتبنا لكن الظاهر من تخصيص السوط بالذكر فيها عدم التعميم، وفِي المجموع شرح المهذب من الكتب الشافعية، واختلفوا في الجلد فقال بعض الشافعية الجلد بالجريد، وقد صرح القاضى أبو الطيب ومن تبعه بأنه لا يجوز بالسوط، وصرح القاضى حسين بتعين السوط، واحتج بأنه إجماع الصحابة، وخالفه النووي في شرح مسلم فقال أجمعوا على الاكتفاء بالجريد والنعال وأطراف الثياب، ثم قال والاصح جوازه بالسوط، وحكى الحافظ عن بعض المتأخرين أنه يتعين السوط للمتمردين وأطراف الثياب والنعال للضعفاء ومن عداهم بحسب ما يليق بهم، آه. (ج٢٠ص١٢٠)
وفِي المغني: أن الضرب بالسوط. ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذا، في غير حد الخمر. فأما حد الخمر، فقال بعضهم: يقام بالأيدي والنعال وأطراف الثياب، وذكر بعض أصحابنا أن للإمام فعل ذلك إذا رآه؛ لما روى أبو هريرة، »أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أتي برجل قد شرب، فقال: اضربوه قال: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه« رواه أبو داود ولنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال »إذا شرب الخمر، فاجلدوه« والجلد إنما يفهم من إطلاقه الضرب بالسوط؛ ولأنه أمر بجلده، كما أمر الله تعالى بجلد الزاني، فكان بالسوط مثله، والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط، وكذلك غيرهم، فكان إجماعا،آه. (ج٩ص١٦٨)

وحد الشرب مشروط بشروط

٥٥١- المادة: يشترط لحد الشارب أن يكون عاقلاً بالغاً مسلماً ناطقاً فلا حد على صبي ومجنون وكافر وأخرس سواء ثبت شربهم بشهادة أو الإقرار. (من البحر ج٥ص٢٨)

٥٥٢- المادة: يشترط اتفاق الشاهدين في الوقت والمشروب فَلَو اختلفا في الوقت أو شهد أحدهما انه سكر من الخمر والآخر انه سكر من غيرها لا يحد. (من المحل المزبور ج٥ص٢٨) (1)

٥٥٣- المادة: يشترط أن يعلم شربه طوعاً بأن يشهد الشهود انه شربه طائعاً بدون الشرب مكرهاً فإنه لا يوجب الحد (2) ويشترط أن لا يكون الشرب في دار الحرب. (من البحر ج٥ص٢٨)

٥٥٤- المادة: يشترط وجود الرائحة عند أداء الشهادة في المسافة القريبة، وعند تحمل الشهادة في المسافة البعيدة، فَلَو أقر أو شهدا بعد مضي ريحها لا يحد. (من البحر ج٥ ص ٢٨) (3)

---

(1) وكذا يشترط اتفاقهما فعل الشرب فَلَو شهد احدهما أنه شربها وشهد الآخر بإقراره بشربها لا يحد، كذا في البحر.

(2) لو شهدا انه شربها طوعا وقال أكرهت عليها لا يقبل قوله لأن الشهود شهدوا عليه بالشرب طائعا فلو قبل قوله كان لكل من شهد عليه بالشرب أن يقول كنت مكرها فيرتفع الحد، كذا في البحر عن الخانية.

(3) في البحر: وإن كان المكان بعيدا فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود؛ لأن مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر ذلك للحاكم، آهـ.

٥٥٥- المادة: يشترط أن لا يكون إقرار الشارب بالشرب في حالة السكر وزوال العقل وإلا فلا حد لأن كل حد خالص لِله تعالى فلا يصح إقرار السكران به. (من البحر ج٥ص٣٠)

٥٥٦- المادة: ويشترط أن لا يرجع الشارب عن إقراره فَلَو رجع عما أقر فيعمل الرجوع كسائر الحدود،و يسقط الحد للشبهة لأنه يحتمل أن يكون صادقاً. (من البحر ج٥ص٣٠)

الفصل الرابع في حد السرقة

٥٥٧- المادة: السرقة في الشرع أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً أو ما قيمته نصاب ملكاً للغير لا شبهة فيه على وجه الخفية، كذا في الاختيار شرح المختار، ثم إنكانت السرقة نهاراً اعتبرت الخفية ابتداء وانتهاءً وإن كان كانت ليلاً اعتبرت إبتداءً فقط، كذا في النهر الفائق. [١]

---

[١] السرقة في اللغة أخذ الشيء على سبيل الخفية والاستسرار بغير إذن المالك، سواء كان المأخوذ مالا أو غير مال، وفي الشريعة ماذكره المصنف، والمعنى اللغوي مراعى فيه ابتداء وانتهاء، أو ابتداء في بعض الصور كما إذا نقب البيت خفية وأخذ المال مكابرة وذلك يكون ليلا، لأنه ربما أحسوا به فكابر وأخذ ولا غوث بالليل فيقطع؛ أما النهار لو فعل ذلك لا يقطع لأنه يلحقهم الغوث فلا يمكنه ذلك، فيشترط الخفية ليلا ونهارا فهي مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه؛ وفي قطع الطريق وهي السرقة الكبرى مسارقة عين الإمام وأعوانه لأنه المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه، لأن الأموال إنما تصير مصونة محرزة بحفظ الإمام وحمايته، كذا في الاختيار ج٤ ص١٠٢).

وفي البحر: هل المعتبر كونها خفية على زعم السارق أو المسروق منه؟ فهي رباعية فلو كان السارق يعلم أن صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضا فلا قطع أو لم يعلما فيقطع اتفاقا أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم أنه يعلم، فإنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق وإن كان على عكسه بأن زعم اللص بأن صاحب الدار علم به وصاحب الدار لم يعلم ففي التبيين لا يقطع؛ لأنه جهر وفي الخلاصة والمحيط والذخيرة أنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيهما. (ج٥ ص٥٤)

٥٥٨- المادة: الحرز على نوعين حرز بالمكان كالبيت والدار والحانوت والخيمة والمجرين، وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق وعنده متاعه. (١)

فيقطع من سرق من هذين النوعين من المال المحرز بشرط النصاب، كذا في السعيديات ج١ ص٢٢٨).

ثم للقطع شروط متى تحققت وجب القطع وإلا فلا يقطع

٥٥٩- المادة: الشرط الأول: أن يكون السارق مكلفاً فَلَو سرق الصبي والمجنون فلا قطع لأن القطع عقوبة وهما ليسا من أهلها لكنهما يضمنان المال، ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع، كذا في البدائع ج٧ ص٦٧).

٥٦٠- المادة: الشرط الثاني: الاخفاء فَلَو أخذ جهراً مغالبة أو نهباً أو اختلاساً فإنه لا قطع فيه. (من البحر ج٥ ص٥٤)

٥٦١- المادة: الشرط الثالث: النصاب وهو أن يكون المسروق قدر عشرة دراهم، فَلَو كان أقل فلا قطع، ولو كان السارق جماعة وتحقق في نصيب كل واحد نصاب السرقة قطعوا وإلا فلا. (من البحر ج٥ ص٥٧) (٢)

٥٦٢- المادة: الشرط الرابع: أن يكون المال المسروق محرزاً بمكان سواء كان مفتوح الباب أو لا باب له أو مغلق الباب، أو محرزاً بحافظ سواء كان الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده، من الهداية فصل في الحرز من كتاب السرقة.

---

(١) كذا في البحر ج٥ ص٦٢) والإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم.

(٢) لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه، كذا في البحر.

٥٦٣- المادة: الشرط الخامس: أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع في السرقة في دار الحرب ودار البغي، فَلَو سرق بعض تجار المسلمين من البعض في دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الاسلام فأخذ السارق لا قطع. [١]

٥٦٤-المادة: الشرط السادس: ان يكون السارق سليم النطق [٢] واليد وصاحب يد يسرى ورجل يمنى صحيحتين وإلا فلا يقطع. (من البحر ج٥ص٥٥)

٥٦٥-المادة: الشرط السابع: أن لا يكون بين السارِقِين ذو رحم محرم من المسروق منه وإلا فلا حد [٣] ولا يشترط سرقة الكل لأن عادة السراق أن يسرق بعضهم ويتولى بعضهم الدفاع، فَلَو لم يقطع بمثله لامتنع القطع [٤] كذا في السعيديات ج١ص ٢١٤).

---

[١] لأنه لا يد للإمام في دار الحرب، ولا على دار البغي، فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع فالسرقة الموجودة فيهما لم تنعقد سببا لوجوب القطع، فلا تستوفي في دار الإسلام، كذا في البدائع ج٧ ص٨٠).

[٢] فلا يقطع أخرس لاحتمال نطقه بشبهة، وكذا يشترط أن يكون بصيراً فلا يقطع الأعمى لجهله بمال غيره، كذا في الدر المختار.

[٣] كذا في البحر ج٥ ص٥٧) لان الحد إذا سقط من واحد من الشركاء سقط عن باقيهم، و كذا إذا كان فيهم صبي أو مجنون أو معتوه

[٤] كذا في التبيين ج٤ ص٢١٤).

٥٦٦-المادة: الشرط الثامن أن لا يرد المسروق قبل الخصومة إلى المالك فَلَو رده لا يقطع، وكذا لو نقصت قيمته من النصاب قبل القطع ولا قطع بتقويم واحد ولا عند اختلاف المتقومين، كذا في الهداية والفتاوى الأنقروية ج١ص١٦١). [١]

٥٦٧- المادة: الشرط التاسع أن لا يدعي أن المسروق ملكه وإن لم يقدر على الاثبات فَلَو أدعى سقط القطع عنه وإن لم يقم البينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالقطع. [٢] (من الهداية وكذا في سرقة الملتقى)

٥٦٨- المادة: الشرط العاشر أن يكون المال المسروق مملوكاً لغيره فلا قطع في مال الوقف وحصير المسجد واستار الكعبة وإن كان محرزاً. (من البحر ج٥ص٥٥)

٥٦٩- المادة: الشرط الحادي عشر أن لا يكون المسروق فيه شركة للسارق أو شبهة شركة فَلَو سرق مالاً مشتركاً بينه وبين غيره أو سرق من بيت المال فلا قطع. (من البحر ج٥ ص٦٠) [٣]

---

[١] في البحر: ولا يقطع السارق لتقويم الواحد بل لا بد من تقويم رجلين عدلين لهما معرفة بالقيمة؛ لأنه من باب الحدود فلا يثبت إلا بما ثبت به السرقة فلا قطع عند اختلاف المقومين كما في الظهيرية. (ج٥ ص٥٥)

[٢] وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى، فإن عنده لا يسقط بمجرد الدعوى؛ لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد. ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار، وأما إذا قال السارق بعد الإقرار انه ملكه فيسقط القطع بالاتفاق، كذا في البناية ج٧ص٦٥).

[٣] لأنه إذا كان للسارق فيه شركة حقيقة أو شبهة شركة يورث الشبهة والحدود تندرأ بها كذا في البحر.

٥٧٠-المادة: الشرط الثاني عشر أن يشهد بالسرقة رجلان أو أقر مرة ولَم يرجع عن الإقرار فإن رجع سقط القطع لا الضمان [١] لأنه يصح الرجوع عن الإقرار في الحدود كلها إلا حد القذف. (من البحر ج٥ص٥٦)

٥٧١-المادة: الشرط الثالث عشر أن لا يكون المال المسروق مما يوجد مباحاً فلا قطع بأخذ خشبة وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة أعني الطين الأحمر وتورة وفحم واشنان وزجاج وملح وخزف بخلاف الساج والانبوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والذهب والفضة والعود والمسك والعنبر والزعفران والادهان والقناديل والأبواب والأواني المتخذة من الخشب فإنه يقطع فيها. (من البحر ج٥ص٥٨)

٥٧٢-المادة: الشرط الرابع عشر أن لا يكون المسروق مما يتسارع إليه الفساد فلا قطع في فاكهة رطبة ولبن ولحم وزرع لم يحصد ومشروب حلو أو مُرّ.

٥٧٣-المادة: الشرط الخامس عشر أن لا يكون المسروق من آلات اللهو أو مما ينهى عنه فلا قطع في التنبور والعود وصليب ذهب ونرد وشطرنج. (من البحر ج٥ص٥٨- والسعيديات)

---

[١] لأن الرجوع في حق المال لا يصح أصلا؛ لأن صاحب المال يكذبه.

٥٧٤- المادة: الشرط السادس عشر أن لا يكون المسروق مما يتأول فيه السارق بأنه أخذه للقراءة فلا قطع في أخذ مصحف، كما في الكنز [(١)] ولا في أخذ كتب الفقه والحديث والعربية واللغة والشعر، كذا في السعيديات ج١ص ٢٦٦).

٥٧٥- المادة: الشرط السابع عشر أن لا يملك السارق المسروق بهبة وشراء ولو بعد الحكم وإن ملك فلا قطع [(٢)] كذا في السعيديات ج١ ص٢٣١).

٥٧٦- المادة: الشرط الثامن عشر أن لا يكون السرقة في زمن القحط والغلاء وإلا فلا قطع للضرورة، كذا في السعيديات ج١ ص٢٢٥)، لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في مجاعة المضطرة، ولقول عمر رضي الله تعالى عنه لا قطع في عام سنة، كذا في البحر ج٥ص٥٨).

٥٧٧- المادة: وإذا تم شروط القطع وثبت السرقة فيقطع يمين السارق من الزند وتحسم فإن سرق ثانياً فقطعت رجله اليسرى وإن سرق ثالثاً لم يقطع وخلد في السجن

[(١)] في البحر: لا قطع في سرقة مصحف ولو كان عليه حلية من ذهب أو فضة؛ لأن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد، والأوراق، والحلية، وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب. (ج٥ص٥٨)

[(٢)] في البحر: لو ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلا قطع فلأن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء إذ القضاء للإظهار، والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده، وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء، ويشترط في الهبة القبض ليحصل الملك كما في الهداية. (ج٥ص٦٩)

حتى يتوب، كذا في الهداية، وللإمام أن يقتله سياسةً لسعيه في الأرض الفساد [١] كذا في السراجية.

---

[١] إنما لم يقطع في الثالثة لقول علي – رضي الله عنه – فيه إني لأستحيي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها، فلهذا حاج بقية الصحابة – رضي الله عنهم – فجمعهم فانعقد إجماعا، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة، والحد زاجر ولأنه نادر الوجود، والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص؛ لأنه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه وما ورد من الحديث من قطع يده اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة فقد طعن الطحاوي أو نحمله على السياسة.
وفي الفتاوى السراجية للإمام أن يقتله سياسة، كذا في البحر ج٥ص٦٧).
(تتمة) من شرائط القطع أن لا يكون السارق مأذونا في الدخول إلى الحرز الذي سرق منه، ومنها أن لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية، ومنها أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على المال حتى لا يقطع السارق من السارق. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٥٩)
(تنبيه) فإن قيل: ما الحكمة في قطع يد قيمتها ألوف بسرقة عشرة، وذلك مما لا يمثاله في الظاهر، وقد أخبر ألا يجزي إلا مثلها، فكيف جزي هذا بأضعاف ذلك؟ قيل: لهذا جوابان ، أحدهما: أن جزاء الدنيا محنة يمتحن بها المرء، ولله أن يمتحن عباده بأنواع المحن ابتداء على غير جعل ذلك جزاء لكسب يكتسب، فمن له الامتحان بأنواع المحن على غير جعلها جزاء لشيء –كان له الامتحان بأن يجعل ما يساوي ألوفا جزاء فلس أو حبة، وبالله العصمة والنجاة.
والثاني: أن ليس القطع في السرقة جزاء ما أخذ من المال؛ ولكنه جزاء ما هتك من الحرمة؛ ألا ترى أنه قال: (جزاء بما كسبا)، ولم يقل: جزاء بما أخذا من الأموال؟! فيجوز أن يبلغ جزاء تلك الحرمة قطع اليد، وإن قصر علم البشر عن ذلك؛ لأن مقادير العقوبات إنما يعرف من يعرف مقادير الأجرام، وليس أحد من الخلائق يحتمل علمه مبلغ مقادير الأجرام، فإذا لم يحتمل علمهم مبلغ مقاديرها لم يحتمل=

=معرفة مقادير عقوباتها، فإذا كان كذلك فحق القول فيه الاتباع والتسليم – بعد العلم في الاتباع أن الله لا يجزي بالسيئة إلا مثلها، وبالله التوفيق. (تفسير الماتريدي)

الفصل الخامس في حد السرقة الكبرى

٥٧٨- المادة: سميت سرقة كبرى لأن فيها اخفاء عن الإمام أو الأمير، كما في السعيديات.

٥٧٩- المادة: يثبت قطع الطريق أعني السرقة الكبرى بالإقرار مرة واحدة ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال، ويثبت بشهادة الاثنين على معاينة القطع أو الإقرار فَلَو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر بالإقرار لا تقبل، كذا في فتح القدير.

ثم لإيجاب الحد في السرقة الكبرى شروط متى تحققت يجب الحد وإلا لا [(١)]

٥٨٠- المادة: الشرط الأول أن يكون لقطاع الطريق منعة وشوكة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم [(٢)] كذا في الهندية ج٢ص ١٨٤).

٥٨١- المادة: الشرط الثاني أن يكون خارج الأمصار بعيداً عنها، ويكون بينهم وبين المصر مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، كذا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا كان بينهم وبين المصر أقل من مسيرة ثلاثة أيام أو قطع الطريق في المصر ليلاً اجري

[(١)] هذه الشرائط الستة مذكورة في الهندية في الباب الرابع في قطاع الطريق من كتاب السرقة ج٢ص١٨٤).

[(٢)] لا يشترط في قطاع الطريق أن يكونوا متعددين بل يكون قطع من الواحد أيضا إذا كان له قوة المقاومة بالسلاح أو غيره، كما في الدرر شرح الغرر ج٢ص٨٥).

عليهم احكام قطاع الطريق، وعليه الفتوى [1] (من المحل المزبور ج٢ص١٨٤)، وكذا في الينابع والاختيار.

٥٨٢-المادة: الشرط الثالث أن يكون ذلك في دار الاسلام. (من المحل المزبور)

٥٨٣- المادة: الشرط الرابع أن يوجد جميع ما شرط في السرقة الصغرى. (من المحل المزبور)

٥٨٤- المادة: الشرط الخامس ان يكون القطاع كلهم أجانب في حق صاحب الأموال. (من المحل المزبور)

---

[1] الظاهر في هذا الزمان أنه يتحقق في الأمصار نَهَارًا أيضاً إذا كان معهم السلاح فلإن الناس لا يتعاون بعضهم بعضاً كما هو المشاهد، في المبسوط ج٩ص٢٠١- : وقد قال بعض المتأخرين: أن أبا حنيفة – رحمه الله تعالى – أجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه، فإن الناس في المصر، وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فثبت مع ذلك تمكن دفع القاصد من قطع الطريق وأخذ المال والحكم لا يبنى على نادر، وكذلك فيما بين الحيرة والكوفة كان يندر ذلك لكثرة العمران واتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر، فأما اليوم، فقد ترك الناس هذه العادة وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار، وفيما بين القرى موجبا للحد وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – قال: إن قصده في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالحجر والخشب فإن كان ذلك بالنهار لا يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن كان بالليل يقام عليه ذلك؛ لأن السلاح لا يلبث والظاهر أنه يأتي عليه قبل أن يلحقه الغوث، فأما الخشب والحجر لا يكون مثل السلاح في ذلك والظاهر أن الغوث يلحق بالنهار في المصر قبل أن يأتي عليه ذلك، فأما في الليل الغوث يبطئ فإلى أن ينتبه الناس ويخرجوا قد أتى عليه، فلهذا ثبت في حقه حكم قطع الطريق، انتهى.

٥٨٥-المادة: الشرط السادس أن يظفر بهم قبل التوبة ورد الأموال إلى أربابها. (من المحل المزبور) [١]

٥٨٦-المادة: إذا قطع بعض القافلة على بعض أو في القطاع صبي أو مجنون أو أخرس أو امرأة يسقط الحد، من الهداية. [٢]

---

[١] فلأن قطاع الطريق إذا تابوا قبل أن يؤخذوا سقط عنهم الحد وبقي حق العباد في المال والقصاص، لقوله تعالى: {إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم}]المائدة: ٣٤[فيقتضي خروجه عن الجملة عملا بالاستثناء، وفي السرقة إذا تاب ولم يرد المال يقطع لأن قوله تعالى: {فمن تاب من بعد ظلمه}]المائدة: ٣٩[ليس استثناء، فلا يقتضي خروج التائب من الجملة السابقة، وهو كلام مبتدأ يستغني عن غيره فيحمل على الابتداء لأنه أولى، أما الاستثناء يفتقر في صحته إلى ما قبله فافترقا، كذا في الاختيار ج٤ص١١٦).

وفي الفتاوى الأنقروية ج١ص١٦٤– وإذا تابوا ولَم يردوا الأموال فقيل لا يسقط كما لا يسقط الحدود بالتوبة، وقيل يسقط وإليه أشار في الأصل لأن الله تعالى استثنى التائب في السرقة الكبرى ولَم يستثن في سائر الحدود كذا في المحيط، آه.

[٢] أما قطع بعض القافلة على بعض فلأن القافلة كالحرز، فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فيسقط الحد، ولو كان في المقطوع عليهم مستأمن قطعوا، لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وذلك يخصه، وخلل الحرز يعم الكل، وأما إذا كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم فلأن الجناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يكن فعل بعضهم موجبا صار فعل الباقين بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم، كذا في الاختيار.

٥٨٧- المادة: القطاع إن أخذوا بعد إخافتهم الطريق وقبل أن يأخذوا المال أو يقتلوا نفساً فجزاءهم التعزير والحبس حتى يظهر عليهم أخلاق الصالحين أو يتركوا في سجونهم حتى يموتوا، كذا في السعيديات.

٥٨٨- المادة: وإن أخذوا بعد أخذهم مالاً معصوماً لمسلم أو ذمي بحيث لو قسم المال عليهم أصاب كل واحد نصاب السرقة أو قدر ذلك فجزاءهم أن تقطع أيديهم اليمنى وأرجلهم اليسرى. (من المحل المذبور)

٥٨٩- المادة: وإن أخذوا بعد قتلهم مسلماً أو ذميا مع كونهم لم يأخذوا مالاً فجزاءهم القتل حدا لا قصاصاً حتى لو عفا أو لياء المقتول لا يقبل. (من المحل المزبور)

٥٩٠- المادة: وإن أخذوا بعد أخذهم مالاً لمسلم أو ذمي وقتلهم المعصوم فجزاءهم موكول إلى الحاكم إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم. (من السعيديات في أحكام المعاملات ج١ص٢٣٤)

٥٩١- المادة: وإذا أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا وأخذوا المال إذا قسم لا يصيب لكل منهم نصاب فالأمر بالقصاص إلى الأولياء، وفِي الفوائد الظهيرية هذه مسألة عجيبة من حيث أنهم إذا صدر القتل منهم فقط لم يلتفت إلى عفو الأو لياء بل يقتلهم الإمام حداً وإذا وجد معه أخذ المال القليل أعتبر فيه عفو الولي. (الفتاوى الأنقروية ج١ص١٦٤)

٥٩٢- المادة: فإن قطع الطريق في مصر أو مدينة أو قطع خارجاً من المصر من حيث يمكنهم الاستغاثة فإنهم لا يقطعون في قول أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى

ولا يقام عليهم الحد ولكن يدفعون إلى أو لياء الدم فيكون الأمر إليهم فيما قتلوا وفيما جرحوا وفيما أخذوا الأموال. [1](الفتاوى الأنقروية ج١ص١٦٣)

---

(1) تنبيه: اعلم أنه إذا كان حكمهم الحد عند كمال الشروط فالمباشر وغيره سواء في الحكم فلأن الحكم متعلق بالمحاربة فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة ووجهه أنهم جميعا مباشرون السبب، وهو المحاربة وقطع الطريق، وأما إذا سقط الحد بالتوبة وكان حكمهم أن يدفعوا إلى أولياء الدم فالقصاص يجري على المباشر دون الردء فلأن القود إنما يجب على من باشر القتل دون الردء، كذا في المبسوط ج ٩ص١٩٩).

المقالة الرابعة في الماليات

الباب الأول في الشركة [1]

٥٩٣- المادة: الشركة قسمان شركة عقد، وشركة ملك، ثم شركة العقد عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل لكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة بأن يكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع. (كتاب المعاملات الشرعية لأبي الفتح ص٤٦٦)

٥٩٤- المادة: الشركة بالأموال عبارة عن تراضي الاثنين فأكثر على أن يدفع مبلغاً معلوماً بالمجموع معاً أو يتجر كل واحد على حدة في بعض الأصناف أو يسكتا عن ذلك وأن يكون لهما الربح وعليهما الخسارة بنسبة كذا، كذا في الكتاب المذكور ص٤٦٩).

٥٩٥- المادة: الشركة بالأعمال وتسمى شركة التقبل وشركة الصنائع وهي عبارة عن تعاقد اثنين فأكثر على أن يتقبلا الأعمال من الغير وما يحصلان عليه من الأجرة يكون

---

(1) خلاصة تقسيم الشركة أن الشركة على قسمين، شركة عقد، وشركة ملك، وشركة العقد على ثلاثة أقسام شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجاهة، وكل من هذه الثلاثة إما عنان وإما مفاوضة، فصارت لشركة العقد ستة أقسام، وأما شركة الملك على قسمين شركة اختيارية وهي أن يشترك الشريكان باختيارهما وفعلهما كما إذا اشتريا شيئًا واحداً بالشركة، وشركة غير اختيارية وهي أن يملك الشريكان بغير اختيارهما وفعلهما كشركاء الإرث مثلا، وكل منهما ينقسم إلى قسمين شركة عين وشركة دين فصارت لشركة الملك أربعة أقسام، تفصيل هذه الأقسام مع بيان أحكامها في مجلة الاحكام من كتاب الشركات.

بينهما بنسبة كذا، ولا يشترط أن يتحد شركاء الاعمال في الحرفة بل تصح مع اختلافهم فيها كنجار وحداد كما لا يشترط تساويهم في الربح ورأس المال في هذه الشركة هي مهارة الصنائع وإخلاصهم وصدقهم في مواعيد إنجازهم.

٥٩٦- المادة: الشركة بالوجوه عبارة عن تعاقد اثنين فأكثر لا مال لهما ولا صناعة على أن يشريا نسية بوجاهتهما ويبيعا نقداً ويكون الربح والخسارة بنسبة ما يملكه كل واحد منهما فيما يشتريا فَلَو اشترطا أن يكون بينهما انصافاً كان الربح بينهما كذلك وإن اشترطا أن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان كان الربح على هذة النسبة فَلَو اشترطا أن تكون نسبة الربح مخالفة لنسبة الملك بطل الشرط وقسم الربح على حسب الضمان لأن كل واحد يضمن من مال الشركة بقدر ما يملكه فيها. (من المحل المزبور)

٥٩٧- المادة: كل من هذه الأقسام شركة عنان إن كانت الشركة حسب ما يعنّ أي يظهر للشريكين من الاتجار في كل الأشياء أو بعضها ومع التساوي في رأس المال أو الربح أو التفاضل فيهما إذا كانت الشركة بالأموال، ومع التساوي في الأجرة أو التفاضل في شركة الاعمال، وكذلك الربح في شركة الوجوه، وحكم هذه الشركة إنها تتضمن وكالة فقط بخلاف شركة المفاوضة فإنها تتضمن وكالة وكفالة. (من المحل المزبور)

٥٩٨- المادة: شركة المفاوضة في الأموال أن تساويا في رأس المال وحصته من الربح، ورأس المال عبارة عن النقود وما في حكمها فَلَو كان لأحدهما فضلة مال من جنس العروض أو العقار أو دين في ذمة الآخر فلا تضر المفاوضة، كذا في المجلة المادة -١٣٣١).

٥٩٩- المادة: المفاوضة في شركة الاعمال يشترط فيها التساوى بين الشريكين في الفائدة والضرر، والمفاوضة في شركة الوجوه يشترط فيها المناصفة بينهما في المال المشترى وثمنه والربح، كذا في المجلة.

٦٠٠- المادة: ما يشتري كل من المتفاوضين إلا طعام أهله وكسوتهم [١] فهو مشترك بينهما وما لزم أحدهما بتجارة أو غصب أو كفالة وكذا الإقرار يلزم الآخر، كذا في البحر ج٥ص١٨٣). [٢]

٦٠١- المادة: شركة الملك أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراءً أو هبةً أو صدقةً أو استيلاءً على مال الحربي أو اختلاطاً كما إذا اختلط مالهما من غير صنع أو بصنع خلطاً يمنع التميز أو يتعسر فالأول كخلط الحنطة بالحنطة، والثاني كخلط الحنطة بالشعير وكل واحد من هذين الشريكين أجنبي في قسط صاحبه. [٣] (من البحر ج٥ص١٨٠)

---

[١] لأن طعام أهله وكسوتهم وكذا كل ما كان من حوائجه مستثناة من مقتضي العقد استحساناً، لكن لبائع الطعام والكسوة له ولعياله أن يطالب عنه بالإصالة وعن الآخر بالوكالة ويرجع الآخر بما أدى على المشتري، كذا في البحر.

[٢] أما في الغصب لأنه يشبه ضمان التجارة لأن تقرر الضمان يفيد له تملك الأصل فيصير في معنى التجارة، وأما الكفالة بالمال فلأنه وإن كان تبرعا، ابتداء لكنها معاوضة انتهاء؛ لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كان الكفالة بأمره، وأما لو كانت بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وهو الكفالة بأمر المكفول عنه، وأما الإقرار فإنه يكون عليهما؛ لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه، كذا في البحر.

[٣] هذا حكم هذه الشركة، وكذا من أحكامه الاشتراك في المال، فإذا ضاع بعض من المال المشترك ضاع من مالهما على نسبة المال فإذا اختلط دينار أحد بدينارين لآخر من جنسه بصورة لا تقبل=

٦٠٢- المادة: إذا فقد شرط من شروط المفاوضة تنقلب المفاوضة عناناً. (المجلة المادة –١٣٦٣)

=التمييز فيكون هذا المختلط مشتركا بينهما بشركة الملك، ويكون ثلث كل جزء من المختلط لصاحب الدينار وثلثاه لصاحب الدينارين فلو ضاع ديناران منهما فيكون الدينار الباقي مشتركا بينهما أثلاثا الثلثان لصاحب الدينارين والثلث لصاحب الدينار.

(لطيفة) في "الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء"عن علي بن عاصم يقول سألت أبا حنيفة عن درهم لرجل ودرهمين لآخر اختلطت ثم ضاع درهمان من الثلاثة لا يعلم أيهاهى فقال الدرهم الباقى بينهما اثلاثا قال علي فلقيت ابن شبرمة فسألته عنها فقال سألت عنها أحدا غيري قلت نعم سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال يقسم الدرهم الباقي بينهما أثلاثا قال أخطأ أبو حنيفة ولكن درهم من الدرهمين الضائعين يحيط العلم انه من الدرهمين والدرهم الباقى بعض الماضيين يحتمل أن يكون الدرهم الثاني من الدرهمين ويحتمل أن يكون الدرهم المنفرد المختلط بالدرهمين فالدرهم الذي بقي بينهما نصفين قال علي بن عاصم فاستحسنت ذلك ثم لقيت أبا حنيفة فوالله لو وزن عقله بعقول أهل المصر يعني الكوفة لرجح بهم فقلت له يا أبا حنيفة خولفت في تلك المسئلة وقلت له لقيت ابن شبرمة فقال كذا وكذا فقال أبو حنيفة إن الثلاثة اختلطت ولم تتميز رجعت الشركة في الكل فصار لصاحب الدرهم ثلث كل درهم ولصاحب الدرهمين ثلثا كل درهم فأي درهم ذهب فعلى هذا، انتهى.

احكام شركة العنان [1]

٦٠٣- المادة: لا يشترط التساوى في رأس المال في شركة العنان، وكيفما شرط الربح يراعي على كل حال إذا كانت الشركة صحيحة، وإن كانت الشركة فاسدة يقسم الربح على مقدار رأس المال فإذا شرط لأحد الشريكين زيادة فلا يعتبر. (المجلة المادة– ١٣٦٥ –١٣٦٧– ١٣٦٨)

٦٠٤- المادة: الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير ينقسم على مقدار رأس المال وإذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر. (من المحل المزبور المادة –١٣٦٩)

---

[1] اعلم أنه تفترق شركة العنان عن المفاوضة في خمسة أوجه، الأول: أنه لا يشترط في الشريكين شركة عنان أن يكون رأس مالهما متساويا، وشرط في المفاوضة، والثاني: أنه لا يكون كل واحد منهما مجبورا على إدخال جميع أمواله الصالحة لاتخاذها رأس المال في الشركة بل لهما أن يعقدا الشركة على مقدار منه، بخلاف المفاوضة، والثالث: أنه يجوز أن يكون رأس مال الشريكين في شركة عنان متفاوتا في القيمة ومختلف الجنس، مثلا: كأن يكون رأس مال أحد الشريكين مائة دينار ويكون رأس مال الآخر خمسين ريالا بخلاف المفاوضة فإنه إذا كان رأس المال فيها مختلف الجنس فيشترط التساوي في قيمته، والرابع: أنه لا يشترط في شركة العنان تقسيم الربح بالتساوي ويصح الاتفاق بين الشريكين على تقسيمه بالتفاضل بخلاف المفاوضة فإنه يشترط فيها تقسيم الربح بالتساوي، والخامس: أنه تعقد شركة العنان على عموم التجارة كما أنها تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة بخلاف المفاوضة فإنها تعقد على عموم التجارات على قول ولا تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة. (درر الحكام)

٦٠٥- المادة: إذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً أو متفاضلاً يكون صحيحاً سواء شرط عمل الاثنين أو عمل الواحد وحده. (من المحل المزبور المادة – ١٣٧٠)

٦٠٦- المادة: إذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لأحدهما كثلثي الربح فإن شرطا عمل الاثنين فالشركة صحيحة والشرط معتبر، وإن شرطا عمل أحدهما فإن كان العامل صاحب الحصة الزائدة فالشركة صحيحة والشرط معتبر وإن كان العامل صاحب الحصة القليلة فهو غير جائز، ويقسم الربح على مقدار رأس المال. (من المحل المزبور المادة – ١٣٧١) [1]

٦٠٧- المادة: يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع مال الشركة بالنقد أو النسيئة، وكذا إذا كان مال الشركة بيده أن يشتري بالنقد أو النسيئة، لكن إذا اشترى مالاً بغبن فاحش لا يكون المال للشركة بل يكون له، ومن ليس في يده مال الشركة فلا يشتري مالاً

---

[1] يعني: إذا كان رأس مالهما متساويا وشرطا لأحدهما حصة زائدة عن نسبة رأس مال من الربح، ففي ذلك ثلاث صور، الأولى: أن يكون عملهما مشروطا معا بالتساوي فالشركة صحيحة والشرط معتبر، حيث إن الشريك الماهر في العمل لا يقبل المساواة فحصلت الحاجة للتفاضل في الربح، وفي هذه الصورة يستحق صاحب ثلث الربح برأس ماله وبعمله أيضا كما أن صاحب ثلثي الربح يستحق ثلث الربح الآخر لمهارته في عمله لأن المهارة في العمل أيضا سبب لاستحقاقه، والثانية:أن يشترط عمل أحدهما أو يشترط عمل أحدهما كثيرا وعمل الآخر قليلا فإذا كان العمل أو زيادة العمل مشروطا على الشريك الذي له حصة زائدة في الربح صحت الشركة والشرط معتبر فما يزيد من الربح مقابل عمله، والثالثة: ما شرطا العمل أو زيادة العمل على الشريك الذي حصته قليلة من الربح فهذا الشرط غير جائز ويقسم الربح والخسار بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما. (درر الحكام مختصرا)

لأجل الشركة، وإن اشترى كان ذلك المال له، كذا في المجلة المادة -١٣٧٣- ١٣٧٤ -١٣٧٥).

٦٠٨-المادة: حقوق العقد إنما ترجع إلى العاقد [١] وإذا ذهب أحد الشريكين إلى ديار أخرى لأجل أمور الشركة يأخذ مصرفه من مال الشركة. [٢]

٦٠٩-المادة: إذا قال أحد الشريكين للآخر لا تذهب بالمال إلى ديار أخرى أو لا تبع نسيئة فخالف ضمن حصة شريكه من الخسار الواقع. (من المحل المزبور المادة – ١٣٨٢)

---

[١] المجلة المادة -١٣٧٧- فيطالب بالثمن إن كان مشترياً لا شريكه، وله حق قبض الثمن إن كان بائعاً ولهذا لو أدى المشتري الثمن للآخر يبرأ من حصة الشريك القابض فقط ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد لأن شركة العنان إنما تتضمن الوكالة ولا تتضمن الكفالة، كذا في الدرر الحكام.

[٢] المجلة المادة -١٣٨١- هذا إذا لم يمكنه العودة في نفس اليوم والبيتوتة مع أهله مساء، وأما إذا كان في البلدة التي يقيم فيها بأهله وعياله فلا يأخذ مصرفه من مال الشركة. وكذلك لو ذهب إلى موضع يمكنه العودة والبيتوتة مع أهله فلا يأخذ مصرفه منه، كذا في درر الحكام.

الباب الثاني في الوقف

٦١٠-المادة: الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري، كذا في الكافي، فلا يكون لازماً وله أن يرجع ويبيع، كذا في المضمرات، ولا يلزم إلا بطريقين، أحدهما قضاء القاضي، والثاني أن يخرج مخرج الوصية فيقول أوصيت بغلة داري هذه، فحينئذ يلزم الوقف، كذا في النهاية، هذا عند الإمام رحمه الله تعالى، وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث [1] كذا في الهداية، وفِي الهندية ج٢ص٣٥٠– نقلا عن العيون أن الفتوى على قولهما.

٦١١-المادة: الموقوف يخرج من ملك الواقف بمجرد الوقف عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وبالوقف والتسليم إلى المتولي عند محمد رحمه الله تعالى، وبالقضاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وطريقه أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يرجع الواقف فيما وقف محتجاً بعدم اللزوم فيقضي القاضي باللزوم، كذا في وقف الهندية ج٢ص٥٣١).

---

[1] الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في اللزوم لا في نفس الجواز فإن عنده جائز غير لازم إلا بالطريقين المذكورين في المادة، وعندهما يلزم ويخرج من ملك الواقف إلا ان عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يزول ملكه بمجرد القول. وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه إليه" كذا في الهندية.

للوقف شروط لا يصح بدونها

٦١٢-المادة: الشرط الاول: العقل والبلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون، كذا في البدائع ج٦ص٢١٩). [(١)]

٦١٣-المادة: الشرط الثاني: الحرية فلا يصح وقف غير الحر. [(٢)]

٦١٤-المادة: الشرط الثالث: أن يكون للواقف ملة فلا يصح وقف المرتد، وصح وقف الذمي بشرط كونه قربة عندنا وعندهم [(٣)] كما لو وقف على أولاده أو على الفقراء أو على فقراء أهل الذمة فإن عمم جاز الصرف إلى كل فقير مسلم أو كافر وإن خصص فقراء أهل الذمة اعتبر شرطه كما نص عليه الخصاف، كذا في البحر ج٥ ص٢٠٤).

٦١٥-المادة: الشرط الرابع: أن يكون قربة في ذاته فلا يصح وقف المسلم أو الذمي على البيعة والكنيسة أو على فقراء أهل الحرب، كذا في النهر الفائق، وقف

[(١)] لأن الوقف من التصرفات الضارة؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض، والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة، ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والإعتاق ونحو ذلك.

[(٢)] لأن الوقف إزالة الملك، والعبد ليس من أهل الملك، وسواء كان مأذونا أو محجورا؛ لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة، فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والإعتاق، كذا في البدائع.

[(٣)] في منحة الخالق: الظاهر أن هذا شرط في وقف الذمي فقط ليخرج ما لو كان قربة عندنا فقط كوقفه على الحج والمسجد وما كان قربة عندهم فقط كالوقف على البيعة بخلاف الوقف على مسجد القدس فإنه قربة عندنا وعندهم فيصح ولو كان ذلك شرطا لكل وقف لزم أن لا يصح وقف المسلم على الحج والمساجد لأنه قربة عندنا فقط، آه.

المجوسي على بيت النار واليهودي والنصراني على البيعة والكنيسة إذا دخل في عقد الذمة لا يتعرض لها [١] من البحر المرجع السابق.

٦١٦- المادة: الشرط الخامس الملك فلا يصح وقف الأرض المغصوبة للغاصب، ووقف أرض الحوز للإمام لأنه ليس بمالك لها، وتفسير أرض الحوز أرض عجز صاحبها عن زراعتها وأداء خراجها فدفعها إلى الإمام لتكون منافعها جبراً للخراج، وكذا الموهوب له لا يصح وقفه قبل القبض، وكذا وقف الموصى له قبل موت الموصي، كذا في البحر ج٥ص٢٠٣). [٢]

٦١٧-المادة: الشرط السادس عدم الجهالة فَلَو وقف من أرضه شيئًا ولَم يسمه كان باطلاً. [٣] (من المحل المزبور)

٦١٨- المادة: الشرط السابع عدم الحجر لسفه أو دين فلا يصح وقف السفيه أو المديون، كذا في البحر والهندية.

---

[١] يعني إذا كان وقفهم قبل الدخول في عهد الذمة ثم إذا دخلوا في عهد الذمة الأصح انه لا يتعرض لوقفهم.

[٢] يعني ألشرط أن يكون ملكاً له وقت الوقف ولا يعتبر تملكه بعد الوقف كما لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع الثمن إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفا لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها، كذا في البحر.

[٣] لأن الشيء يتناول القليل والكثير ولو بين بعد ذلك ربما يبين شيئا قليلا لا يوقف عادة فلو وقف جميع حصته من هذه الدار والأرض ولم يسم السهام جاز استحسانا كذا في الإسعاف ، كذا في البحر.

٦١٩- المادة: الشرط الثامن أن يكون منجّزاً غير معلق فَلَو قال إن قدم ولدي فداري موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفاً لأنه لا يصح تعليقه بالشرط كالهبة بخلاف النذر، وصح إضافة الوقف فَلَو قال إذا جاء غداً فأرضي وقف تعليق ولو قال وقفتها غداً فهو اضافة يصح الثاني دون الأول. (من البحر ج٦ ص٢٠٢)

٦٢٠-المادة: وقف المشاع مسجدا أو مقبرة غير جائز مطلقا اتفاقاً وفِي غيرهما إن كان مما لا يحتمل القسمة جاز اتفاقاً، والخلاف فيما يحتملها فهو صحيح عن أبي يوسف رحمه الله تعالى غير صحيح عند محمد رحمه الله تعالى، ومشائخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى ومشائخ بخارى أخذوا بقول محمد رحمه الله تعالى. (من البحر ج٥ص٢١٢– والفتاوى الأنقروية)

٦٢١- المادة: يجوز وقف العقار مثل الأرض والدور والحوانيت، كذا في الحاوى، وكذا يجوز وقف كل ما كان تبعاً له من المنقول كما لو وقف أرضاً مع العبيد والثيران والآلات للحرث، كذا في محيط السرخسي. (من الهندية ج٢ص٣٦٠)

٦٢٢-المادة: وقف المنقول إن كان كراعاً أو سلاحاً يجوز وفيما سوى ذلك إن كان شيئًا لم يجر التعارف بوقفه كالثياب والحيوان لا يجوز عندنا وإن كان متعارفاً كالفاس والقدوم والجنازة وثيابها والمصاحف للقراءة قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز، وقال محمد رحمه الله تعالى يجوز وهو المختار والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى، واختلف الناس في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى، كذا في فتاوى قاضيخان. (من المحل المزبور ج٢ص٣٦١).

٦٢٣- المادة: الشرط التاسع أن لا يذكر معه اشتراط بيعه وصرف الثمن إلى حاجة فإن قاله لم يصح الوقف في المختار كما في البزازية كذا في النهر الفائق ووقف الهندية ج٢ص٤٠٢).

٦٢٤- المادة: الشرط العاشر التأبيد وهو شرط على قول الكل لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف رحمه الله تعالى[1] فَلَو أن رجلاً وقف داره يوماً أو شهراً أو وقتاً معلوماً ولَم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون الوقف مؤبداً، كذا في وقف الهندية ج٢ص٣٥٦-، وكذا لو قال أرضي هذه موقوفة تصير وقفاً ذكر الأبد أو لا، كذا في الهندية نقلاً عن محيط السرخسي، ولو قال أرضي هذه موقوفك على فلان أو على ولدي أو على فقراء قرابتي وهم يحصون أو على اليتامى ولَم يرد به جنسه لا تصير وقفاً عند محمد رحمه الله تعالى لأنه على شيء ينقطع وينقرض ولا يتأبد،وعند أبي يرسف رحمه الله تعالى يصح لأن التأبيد عنده ليس بشرط، كذا في الهندية ج٢ص٣٥٨-نقلا عن محيط السرخسي،أقول مراده ذكر التأبيد كما مر.

٦٢٥- المادة: إن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه صح وهو المختار للفتوى كما في البحر ، وإذا مات صار إلى المساكين ولا خلاف في اشتراط غلة الوقف لولده فإذا وقف كذلك شمل الذكر والأنثى وإن قيده بذكر لا تدخل الأنثى ولو وقف على ولديه ثم على أولادهما فمات أحدهما كان للآخر النصف ونصف الميت للفقراء لا لولده فإذا مات الآخر صرف الكل إلى أولاد الأولاد. (من البحر ج٥ص٢٣٨)

---

[1] لأن لفظة الوقف منبئة عن التأبيد فلا حاجة إلى ذكره، كذا في الفتاوى الأنقروية ١/٢٠٣).

٦٢٦- المادة: اجمعوا انه إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف ان الشرط والوقف صحيحان ويملك الاستبدال أما بدون الشرط أشار في السير إلى انه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك، ولو شرط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضاً أخرى ولَم يزد صح استحساناً وصارت الثانية وقفاً بشرائط الأولى ولا يحتاج إلى ايقافها. (من البحر ج٥ص٢٣٩)

٦٢٧- المادة: لو شرط الواقف كون المتولي من أولاده وأولادهم ليس للقاضي أن يولي غيرهم بلا خيانة ولو فعل لا يصير متولياً، كذا في منحة الخالق على هامش البحر نقلاً عن جامع الفصولين ولا يجعل القاضي المتولي من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك لأنه أشفق فإن لم يجد فمن يصلح من الأجانب فإن أقام أجنبياً ثم صار من ولد الواقف من يصلح صرفه إليه، كذا في الاسعاف، من المحل المزبور. (من البحر ج٥ص٢٤٥)

٦٢٨- المادة: أما نصب المؤذن والإمام فقال أبو نصر: لأهل المحلة وليس باني المسجد أحق منهم بذلك، وقال أبو بكر الاسكاف: الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة، قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن يريد إماماً ومؤذناً والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك. (من البحر ج١ ص ٥٢٥)

٦٢٩- المادة: يعزل الحاكم المتولي للواقف إذا كان خائناً وإن شرط الواقف أن لا يعزل كالوصي لأنه شرط مخالف لحكم الشرع، وبهذا علم أن قولهم شرط الواقف كنص الشارع ليس على عمومه. (من البحر ج٥ص٢٦٥)

الباب الثالث في البيع

٦٣٠- المادة: البيع ينعقد بإيحاب وقبول، وهما عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة سواء كانا بصيغة الماضي كبعت واشتريت أو بصيغة المضارع إذا اريد بها الحال [١] كأبيع وأشتري، وبصيغة الاستقبال مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد البيع لإنها بمعنى الوعد المجرد. (من المجلة من المادة –١٦٧–إلى –١٧١)

٦٣١- المادة: كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضا [٢] ويكون بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أيضاً مثل أن يعطي المشتري للخباز درهماً فيعطيه الخباز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بالإيجاب والقبول، وينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس. (من المجلة من المادة –١٧٣– إلى –١٧٥)

---

[١] أي نوى بها الحال وإما إذا نوى بها الاستقبال لا ينعقد، وكذا الحكم إذا لم ينو شيئًا، كما في الطحطاوي، وإنما يحتاج المضارع إلى نية الحال مع أنه حقيقة للحال عندنا لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازاً، وهذا فيما يحتمل الحال والاستقبال، أما ما تمحض للحال كأبيعك الآن فلا يحتاج إلى النية. (شرح المجلة للأتاسي ج٢ص٣٣)

[٢] سواء كان الكتابة من الجانبين أو من أحدهما، صورة الكتابة منهما أن يكتب المشتري اشتريت عبدك فلانا بكذا، فيكتب إليه البائع قد بعت، وصورة الكتابة من أحدهما أن يكتب البائع بعت عبدي فلانا منك بكذا، فلما بلغ المشتري الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت، تم البيع، وكما يكون البيع بالكتابة يكون بالرسالة أيضاً كما في الهداية، صورتها أن يقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قاله، فقبل المشتري في مجلسه ذلك، قال في فتح القدير: فَلَو بلغه بغير أمر بأن لم يقل " فاذهب يا فلان فبلغه" لم يجز لأنه ليس رسولا بل فضولياً، ولو كان قال "بلغه يا فلان" فبلغه غيره فقيل جاز. (شرح المجلة للأتاسي)

تعريفات

٦٣٢- المادة: الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف، و القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين. [١]

٦٣٣- المادة: البيع: مبادلة مال بمال ويكون منعقدا وغير منعقد، والبيع المنعقد هو الذي ينعقد على الوجه المذكور، وينقسم إلى صحيح، وفاسد، ونافذ، وموقوف، والبيع الغير المنعقد هو البيع الباطل، وهو ما لا يكون مشروعاً أصلاً، والبيع الفاسد ما يكون مشروعاً ذاتاً لا وصفاً، والموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي. [٢]

٦٣٤- المادة: البيع اللازم هو ما يكون خالياً عن الخيارات، وغير اللازم ما يكون فيه أحد الخيارات. (من المجلة المادة –١١٤–١١٥)

---

[١] المجلة المادة –١٠١–١٠٢) الإيجاب: لغة الإثبات الذي هو نقيض السلب ولقد سمي الإيجاب إيجابا لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حق القبول، ولا فرق بين أن يقع الكلام أولاً من البائع أو يقع من المشتري فإذا قال البائع: قد بعتك هذا المتاع والمشتري قال: اشتريته، أو قال المشتري: اشتريت منك هذا المتاع بكذا، فقال البائع: وأنا قد بعتك إياه، فكما أن كلام البائع في الصورة الأولى إيجاب وفي الثانية قبول فكلام المشتري في الصورة الثانية إيجاب وفي الأولى قبول أيضا. (درر الحكام)

[٢] المجلة من المادة –١٠٥– إلى – ١١١) قد اشترط الرضاء في صحة البيع بدليل قوله تعالى {إلا أن تكون تجارة عن تراض}]النساء: ٢٩[وجاء تعريف البيع في كثير من الكتب الفقهية بأنه (مبادلة المال بالمال بالرضاء) فهذا التعريف غير مانع لأغياره إذ يدخل فيه بيع المكره، والجواب عنه أن بيع المكره من البيع الفاسد فلا يكون من أغياره.

٦٣٥-المادة: بيع الوفاء هو البيع بشرط أن المشتري متى أدى الثمن يرد البائع إليه المبيع. (١)

٦٣٦-المادة: بيع الاستغلال هو بيع المال وفاء على أن يستأجر البائع. (٢) (المجلة المادة – ١١٩)

٦٣٧- المادة: بيع الصرف بيع النقد بالنقد، وبيع المقايضة بيع العين بالعين، وبيع السلم بيع مؤجل بمعجل، وبيع الاستصناع عقد مقابلة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشئ مصنوع. (من المحل المذبور من المادة ١٢١ الى ١٢٤)

٦٣٨- المادة: المال ما يميل إليه طبع الانسان ويمكن إدخاره إلى وقت الحاجة، والملك ما ملكه الانسان سواء كان أعيانا أو منافع. (من المحل المزبور المادة ١٢٥– ١٢٦)

---

(١) المجلة المادة –١١٨– وهو يشبه البيع الصحيح من جهة والبيع الفاسد من جهة وعقد الرهن من جهة، ومقابله بيع بات، سيجيئ تفصيله في موضعه.

(٢) مثاله: باع شخص داره المملوكة له لآخر بعشرة آلاف قرش على أن يردها له عند إعادة الثمن وعلى أن يؤجرها له، وبعد إخلاء الدار وتسليمها للمشتري استأجرها البائع من المشتري بألف قرش لمدة سنة فهذا البيع هو بيع استغلال يعمل شيئًا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع، من المحل المزبور من المادة –١٢١– إلى –١٢٤) والألف قرش غلة البيع هي الفائدة التي تعود على المشتري من المبيع. (درر الحكام)

٦٣٩- المادة: المال متقوم وغير متقوم فالمتقوم ما له قيمة في نظر الشريعة الاسلامية وغير المتقوم ما ليس كذلك كالخمر والخنزير والميتة. [١] (كتاب المعاملات ص٢٧)

٦٤٠- المادة: المال المتقوم إما غير منقول كالأراضي والدور أو منقول وهو ما يمكن نقله من مكان إلى آخر، والمنقول إما مثلي أو قيميّ، فالمثلي ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به وله نظير في المحال التجارية، وهو يشمل الأنواع الأربعة وهي المكيلات كالبر، والموزونات، ويدخل فيها الذهب والفضة، والمعدودات المتقاربة كالبيض والليمو، وعروض التجارة المتحدة الجنس كالشوك والسكاكين، وأواني الأكل والشرب، والعروض ما ليس مكيلاً ولا موزوناً ولا حيواناً ولا عقاراً. (كتاب المعاملات ص٢٩)

٦٤١-المادة: القيميّ ما تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت ولكن لا نظير له في المحال التجارية كالحيوانات ولو كانت متحدة الجنس، وعروض التجارة المختلف الجنس، والعدديات المتفاوتة، والمثليات اللتي لا نظير لها في المحال التجارية بأن انقطعت من الأسواق، وفائدة هذا التقسيم تظهر في التضمينات فما كان مثلياً يضمن بمثله وما كان قيميّاً يضمن بقيمته نقداً. (من المحل المزبور)

---

[١] في المجلة المادة –١٢٧– وشرحه لعلي حيدر: المال المتقوم يستعمل في معنيين: الأول: ما يباح الانتفاع به. والثاني: بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوما بالإحراز، فالمعنى الأول هو معنى المال الشرعي والثاني معناه العرفي.

٦٤٢- المادة: الثمن هو الذي يعينه العاقدان وقت البيع بالتراضي، والقيمة هو الثمن الحقيقي، والتأجيل تاخير الدين إلى وقت معين، والتقسيط أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معينة. (المجلة المادة -١٥٣- ١٥٤- ١٥٦- ١٥٧) [1]

٦٤٣- المادة: التغرير توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقة، والغبن الفاحش غبن على قدر العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة، والقديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله. (المحل المزبور من المادة -١٦٤- إلى - ١٦٦)

شروط المبيع

٦٤٤- المادة: يلزم أن يكون المبيع موجوداً فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلاً. (المجلة المادة -١٩٧- ٢٠٥)

٦٤٥- المادة: الثمرة اللتي برزت جميعها يصح بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا. [2] (من المحل المزبورالمادة -٢٠٦- والسعيديات)

٦٤٦- المادة: ما تتلاحق أفراده كالفواكه والأزهار والورق والخضراوات إذا كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة هو قول محمد رحمه الله تعالى وبه أفتى الإمام الفضلي وشمس الأئمة الحلوائي وأبو بكر بن فضل، قال محمد اجعل

---

[1] الفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضي عليه المتعاقدان سواء زاد عن القيمة أو نقص، والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان. (شرح المجلة للأتاسي)

[2] البروز الظهور، والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت، أشار بقوله "جميعها" إلى أن هذه المادة لبيان حكم ما يبرز دفعة واحدة لا ما تلاحق أفراده.

الموجود أصلاً والمعدوم تبعاً له. (المجلة المادة –٢٠٧) [(١)]

٦٤٧-المادة: إذا باع شيئًا وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فَلَو باع زجاجاً على أنه ألماس بطل البيع. (من المجلة المادة –٢٠٨)

٦٤٨-المادة: بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت أو حيوان ناد لا يمكن تسليمه. (من المحل المزبور المادة –٢٠٩)

٦٤٩-المادة: بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشراء به باطل مثلا لو باع جيفة أو آدمياً حراً أو اشترى بهما فالبيع والشراء باطلان.(المجلة المادة –٢١٠)

٦٥٠-المادة: بيع غير المتقوم من المال كالخمر والخنزير باطل، والشراء بغير المتقوم من المال فاسد. (من المحل المزبور المادة ٢١١–٢١٢)

٦٥١-المادة: بيع المجهول فاسد، وبيع حصة شائعة معلومة كالثلث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الإبراز صحيح. (من المحل المزبور المادة ٢١٣–٢١٤)

٦٥٢-المادة: يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعاً للأرض. [(٢)] (من المحل المزبور المادة –٢١٦)

---

(١) في شرح المجلة للأتاسي: ثم ان الذي يظهر أنه لا فرق في المبيع الذي تلاحق أفراده بين أن يكون نوعاً واحداً كبيع ثمار أشجار تفاح مثلاً وقد برز بعضها دون بعض، أو أنواعاً مختلفة كبيع ثمار بستان مشتمل على أنواع مختلفة من التفاح والتين والرمان وغيرها وقد برز بعض تلك الأنواع دون بعض، انتهى.

(٢) في شرح المجلة للأتاسي: وكذا يجوز بيع حق المرور مقصوداً وحده في رواية وبه أخذ عامة المشائخ وهو الصحيح وعليه الفتوى، وبيع حق الشرب وحده جائز في رواية وهو مختار مشائخ بلخ،=

كيفية بيع المبيع

٦٥٣- المادة: كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزناً وعدداً وذرعا يصح جزافاً أيضاً. (من المحل المزبور المادة -٢١٧) (١)

٦٥٤- المادة: كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع والجريب يصح بيعه بتعين حدوده أيضا. (المجلة المادة -٢٢١)

٦٥٥-المادة: في بيع الصبرة كل مد بكذا عند الإمام يصح البيع في مد واحد فقط، وعند الصاحبين في جميع الصبرة، واختار كثير من الفقهاء قول الصاحبين مثل صاحب الهداية تيسيراً لمعاملات الناس. (٢)

=لكن في التنوير وشرحه الدر المختار من الشرب: ولا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية وعليه الفتوى، آهـ.

(١) يشترط لصحة بيع الربوي من هذه الأشياء مجازفة شرطان، الأول: أن تباع بخلاف الجنس وإلا فلا يجوز البيع لإحتمال التفاضل إلا إذا ظهر تساويهما في المجلس، ولا يشترط في غير الربوي لأن التفاضل فيه لا يحرم، والشرط الثاني: أن لا يكون رأس مال سلم وإلا فلا يجوز بيعه مجازفة لاحتمال أن يتفاسخا السلم فيريد المسلم إليه دفع ما أخذه، ولا يعرف إلا بمعرفة القدر. (شرح المجلة للأتاسي)

(٢) في البحر: لأبي حنيفة أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع، وظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته، وقد صرح في الخلاصة في نظيره بأن الفتوى على قولهما،آهـ وفِي منحة الخالق : قال في النهر وفي عيون المذاهب به يفتى لا لضعف دليل الإمام بل تيسيرا على الناس، وفي تصحيح الشيخ قاسم قال في=

التصرف قبل القبض في المبيع أو الثمن

٦٥٦-المادة: البائع له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض مثلاً لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه. (المجلة المادة -٢٥٢) [(١)]

٦٥٧-المادة: للمشتري أن يبيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً وإلا فلا. (من المحل المزبور المادة -٢٥٣) [(٢)]

=شرح الهداية يرجح قول أبي حنيفة، وكذا رجحه في الكافي واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وكذا في بيع القطيع والزرع، والله تعالى أعلم اه، وقد يقال إن هذا ترجيح له من حيث قوة الدليل والأول ترجيح له من حيث كونه أيسر على الناس كما يشير إليه كلام عيون المذاهب. (ج٥ ص٣٠٧)

[(١)] في شرح المجلة لسليم باز نقلا عن ردالمحتار: الثمن قسمان؛ لأنه تارة يكون حاضرا، كما لو اشترى عبدا بهذا الكر من البر أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف قبل قبضه بهبة وغيرها من المشتري وغيره، وتارة يكون دينا في الذمة كما لو اشترى العبد بكر بر أو عشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين، ولا يصح إلا ممن هو عليه إلا في ثلاث مسائل على ما في الأشباه، الأولى: إذا أحال دائنه بثمن المبيع الثابت بذمة المشتري كما في المثال الوارد في المادة، والثانية: بأن يوصي به لآخر، والثالثة: إذا وهبه من آخر ووكله بقبضه من المديون لأنه حينئذ يكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه، آه.

[(٢)] إنما يجوز في العقار دون غيره لأن الهلاك نادر في العقار ولا اعتبار للنادر فليس في بيع العقار قبل القبض غرر الانفساخ بخلاف غيره، وفي البحر: وهو مقيد بما إذا كان لا يخشى إهلاكه أما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز بيعه كالمنقول ذكره المحبوبي، وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض. اه.(ج٦ ص١٢٦)

التسليم والتسلم

٦٥٨- المادة: لا بد أن يسلم المشتري الثمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع إليه [١]تسليم المبيع يحتمل بالتخلية وهو أن يأذن البائع للمشتري مع عدم وجود مانع من تسليم المشترى إياه. [٢](المجلة المادة –٢٦٢–٢٦٣)

٦٥٩- المادة: إذا بيعت أرض مشغولة بالزرع أو بيعت الأشجار عليها ثمار يجبر البائع على رفع الزرع وجز الثمار. (المجلة المادة –٢٦٧–٢٦٨)

مكان التسليم

٦٦٠- المادة: مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي يكون المبيع فيه وإن وقع العقد في غير ذلك المحل أو البلد. (المجلة المادة –٢٨٥) [٣]

---

[١] لأن حق المشتري قد تعين في المبيع فيدفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض تحقيقاً للمساواة.

[٢] يعتبر في التخلية ثلاثة أمور، أن يأذن له البائع بالقبض، وأن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع، وأن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره. (شرح المجلة للأتاسي)

[٣] يعني: عقد البيع المطلق الذي لم يبين فيه مكان تسليم المبيع يقتضي تسليم المبيع إلى المشتري في المكان الذي كان فيه المبيع حين العقد لا في مكان عقد البيع حتى إذا نقل البائع المبيع بلا إذن المشتري من المحل الذي كان فيه حين العقد إلى مكان آخر وجب عليه إعادته إلى حيث كان.

٦٦١- المادة: إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً. (من المحل المزبور المادة–٢٨٦) [١]

٦٦٢- المادة: إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور. (من المحل المزبور المادة –٢٨٧)

مؤنة التسليم

٦٦٣- المادة: المصارف المتعلقة بالثمن من نقده ووزنه وغير ذلك تلزم المشتري وحده. (المجلة المادة–٢٨٨) [٢]

٦٦٤- المادة: المصارف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده [٣] والأشياء المبيعة جزافاً مصارفها على المشتري مثلاً بيعت ثمرة كرم جزافاً فقطع تلك الثمرة وجزها

---

[١] هذا الخيار هو خيار كشف الحال، في شرح المجلة للأتاسي: الظاهر أن ثبوت خيار الفسخ للمشتري إنما هو إذا ظهر المبيع في محل بعيد عن محل المشتري بحيث يحتاج في نقله إلى مشي طويل أو إلى مؤنة حمل ونقل أو غير ذلك، فإن هذا يكون عَيْبًا في المبيع، آهـ.

[٢] لأن هذه المصارف من متممات تسليم الثمن، وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه، إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فأجرة النقد عليه إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده.

[٣] في الدر المختار: وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربها فأجرته على البائع وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف وتمامه في شرح الوهبانيةآهـ وفِي رد المحتار:قوله: فأجرته على البائع) وليس له أخذ شيء من المشتري؛ لأنه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا؛ لأنه لا وجه له. قوله: يعتبر العرف) فتجب الدلالة على البائع أو المشتري أو عليهما بحسب العرف جامع الفصولين. (ج٤ ص٤٦)

على المشتري، وكذا لو بيع أنبار حنطة جزافاً فاجرة اخراج الحنطة على المشتري. (المجلة المادة –٢٨٩–٢٩٠)

٦٦٥- المادة: ما يباع محمولاً على الحيوان كالحطب والفحم فأجرة نقل على المشتري على حسب عرف البلدة. (من المحل المزبور المادة –٢٩١)

٦٦٦- المادة: أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري لكن يلزم على البائع تقرير البيع والإشهاد عليه في المحكمة. (من المحل المزبور المادة –٢٩٢) [1]

---

[1] في الهندية: رجل اشترى دارا فطلب من البائع أن يكتب صكا على الشراء فأبى البائع من ذلك لا يجبر على ذلك وإن كتب المشتري من مال نفسه وأمره بالإشهاد وامتنع البائع من ذلك يؤمر بأن يشهد شاهدين هو المختار لأن المشتري محتاج إلى الإشهاد لكن إنما يؤمر إذا أتى المشتري بشاهدين إليه يشهدهما على البيع ولا يكلف بالخروج إلى الشهود كذا في المضمرات فإن أبى البائع يرفع المشتري الأمر إلى القاضي فإن أقر بين يدي القاضي كتب له سجلا وأشهد عليه كذا في المحيط وكذا لا يجبر على دفع الصك القديم كذا في الوجيز للكردري ولكن يؤمر بإحضار الصك حتى ينسخ من تلك النسخة فيكون حجة في يد المشتري والصك القديم في يد البائع حجة له أيضا كذا في الفتاوى الصغرى فإن أبى البائع أن يعرض الصك القديم ليكتب المشتري من ذلك صكا هل يجبر البائع على ذلك قال الفقيه أبو جعفر في مثل هذا أنه يجبر عليه كذا في فتاوى قاضي خان والله تعالى الموفق للصواب. انتهى. (ج٣ ص٢٨)

وفي شرح المجلة للأتاسي: وفي ردالمحتار : عن جامع الفصولين أن أجرة الصكاك على من يأخذ الصك اعتباراً بالعرف، آه.

هلاك المبيع

٦٦٧-المادة: المبيع إذا هلك قبل قبض المشتري يكون من مال البائع، وإن هلك بعد القبض يكون من مال المشتري. (المجلة المادة -٢٩٣-٢٩٤)

٦٦٨-المادة: إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن ليس للبائع الاسترداد بل يكون مثل الغرماء. (المجلة المادة -٢٩٥)

٦٦٩-المادة: إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري، وفِي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيوفي حق البائع بتمامه، وإن باع بأنقص من الثمن الأصلي أخذ البائع الثمن الذي بيع به ويكون في الباقي كالغرماء، وإن باع بأزيد أخذ البائع الثمن الأصلي وما زاد فيعطي للغرماء. (من المحل المزبور المادة -٢٩٦)

٦٧٠-المادة: إذا قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع إلى المشتري كان المبيع أمانة في يد البائع ويأخذ المشتري المبيع ولا يزاحم سائر الغرماء. (المجلة المادة -٢٩٧)

المقبوض على سوم الشراء وسوم النظر

٦٧١- المادة: المقبوض على سوم الشراء هو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن فهلك أو ضاع في يده فعليه قيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً، وأما إذا لم يبين الثمن فهو أمانة لا يضمن إن هلك بلا تعدٍّ. (من المحل المزبور المادة –٢٩٨) [١]

٦٧٢- المادة: المقبوض على سوم النظر هو أن يقبض مالاً لينظر إليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أو لا فيكون ذلك أمانة لا يضمن إن ضاع أو هلك بلا تعدٍّ. (من المحل المزبور المادة –٢٩٩)

---

[١] مثلا لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابة ألف قرش اذهب بها فإن أعجبتك اشترها فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزم عليه أداء قيمتها للبائع، وأما إذا استهلكها فعليه أداء الثمن المسمى لأن استهلاكه لذلك يدل على قبوله البيع، وأما إذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري خذها فإن أعجبتك فاشترها وأخذها المشتري على أنه إذا أعجبته يقاوله على الثمن ويشتريها فبهذه الصورة إذا هلكت في يد المشتري بلا تعد لا يضمن، وأما إذا استهلكها يضمن ضمان الأمانة. (درر الحكام)

خيار الشرط [١]

٦٧٣- المادة: يجوز أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته إلى ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، وعلى قدر ما شرط المتعاقدان عند الصاحبين، ولما كان قولهما أو فق للحال والمصلحة وقع عليه اختيار. (المجلة) [٢]

٦٧٤- المادة: كل من شرط له الخيار يصير مخيراً بفسخ البيع في مدة الخيار أو إجازة ، وفسخ البيع قد يكون بالقول كقوله فسخت أو تركت [٣] وقد يكون بالفعل مثلاً لو كان البائع مخيراً تصرف بالمبيع تصرف الملك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان فسخاً فعلياً للبيع، والإجازة الفعلية كما إذا كان المشتري مخيراً وتصرف بالمبيع تصرف الملك كأن يعرض المبيع للبيع أو يؤجره كان إجازة فعلية. (من المجلة المادة – ٣٠١–٣٠٣–٣٠٤)

---

(١) إضافة (خيار) إلى (الشرط) من إضافة المسبب إلى السبب لأن سبب هذا الخيار هو الشرط، وهو باعتبار المشروط له على أربعة أقسام–١ – اشتراط الخيار للبائع وحده.–٢ – للمشتري وحده.–٣ – للبائع والمشتري معا.–٤ – للأجنبي، وكل ذلك جائز، وهو جائز في البيع الصحيح مطلقاً وفي الفاسد بعد القبض لأن البيع الفاسد لا حكم له قبل القبض.

(٢) اختار المجلة قول الصاحبين حيث أطلقت المدة ولَم يقيد بثلاثة أيام، وقالت: في المادة –٣٠٠– "يجوز أن يشرط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر" لكن في بيع ما يسرع إليه الفساد إذا شرطت مدة لا يبقى معها المبيع على حاله يؤمر المشتري فإما أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع وإما أن يقبض المبيع حتى لا يتلف، مثال ذلك إذا شرط المشتري الخيار شهرا في اللحم الذي شراه. (درر الحكام)

(٣) وكذلك تكون الإجازة بالقول وهي بكل لفظ يدل على الرضى كأجزت ورضيت.

٦٧٥- المادة: إذا مضت مدة الخيار ولَم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع، وخيار الشرط لا يورث [(١)] فإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار. (من المحل المزبور المادة –٣٠٥– ٣٠٦)

٦٧٦- المادة: إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع وأيهما أجاز سقط خيار المجيز فقط وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة. (المجلة المادة –٣٠٧)

٦٧٧- المادة: إذا شرط الخيار للبائع فلا يخرج المبيع من ملكه فَلَو هلك في يد المشتري فلا يلزمه أداء الثمن بل أداء قيمته للبائع يوم قبضه [(٢)]وإذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع فَلَو هلك المبيع في يد المشتري يلزمه أداء الثمن المسمى للبائع. (من المحل المزبور المادة –٣٠٨–٣٠٩)

[(١)] معناه أن العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته، لأن الوارث لا يخلف المورث فيه كما يخلفه في خيار العيب والتعين والوصف.

[(٢)] هذا إذا كان قيمياً، وأما إذا كان مثلياً يلزم مثله، لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون بقاء المحل، فيبقي مقبوضاً بيده على سوم الشراء وفيه القيمة، كذا في شرح المجلة للأتاسي ج٢ص٢٤٦)

خيار الوصف [١]

٦٧٨- المادة: إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب أو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري. [٢] (من المحل المزبور المادة –٣١٠)

٦٧٩- المادة: خيار الوصف يورث مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان للوارث حق الفسخ. [٣]

---

[١] يجوز اشتراط الوصف الذي لا غرر فيه، وأما ما فيه غرر فلا بل فسد البيع والمراد بالوصف الذي لا غرر فيه أن يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف على وجوده ككون المبيع كاتباً أو خبازاً أو حلوباً فإنه يمكن ان يأمره بالكتابة أو الخبز أو يحلب البقرة بيده فتظهر الصفة، وبعكسه الوصف الذي فيه غرر، وهو ما لا سبيل إلى معرفته كما لو اشترى البقرة انها تحلب كذا رطلاً من الحليب، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

[٢] وإذا امتنع الرد بسبب من الأسباب كما تعيب المبيع في يد المشتري رجع على البائع بحصته من الثمن مثلا يقوم البقرة الحلوب وغير الحلوب وينظر إلى تفاوت ما بين ذلك فإن كان بمقدار العشر مثلا رجع بعشر الثمن، كذا في شرح المجلة للأتاسي.

[٣] لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابله جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطا، ولهذا إذا امتنع الرد بسبب ما يسقط ما يقابله فكان كخيار العيب، وحيث استحق المورث المبيع موصوفاً بذلك الوصف فالوارث يخلفه كذلك، كذا في شرح المجلة للأتاسي نقلاً عن ردالمحتار ج٢ص٢٥٦).

٦٨٠- المادة: المشتري الذي له خيار الوصف إذا تصرف بالمبيع تصرف الملك بطل خياره.

خيار النقد

٦٨١-المادة: إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤد فلا بيع بينهما صح البيع وهذا يقال له خيار النقد. (من المجلة المادة –٣١٣) [1]

٦٨٢-المادة: إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً. (من المحل المزبور المادة –٣١٤)

٦٨٣- المادة: إذا مات المشتري المخير بخيار النقد في اثناء مدة الخيار بطل البيع. (من المحل المزبور المادة –٣١٥)

---

[1] كما يجوز هذا الشرط للمشتري كما هو منطوق هذه المادة يجوز أيضاً للبائع كما لو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام مثلا فلا بيع بينهما صح البيع والشرط، كذا في الاتاسي.

خيار التعين [١]

٦٨٤-المادة: لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كلاً علىحدة على أن المشتري يأخذ أياً شاء بالثمن الذي بينه له، أو البائع يعطي أياً أراد كذلك صح البيع ويقال له خيار التعين[٢] ويلزم في خيار التعين تعين المدة أيضا [٣] ومن له خيار التعين يلزم عليه أن يعين الشيء الذي يأخذه في المدة التي عينت. [٤]

---

[١] يلزم ذكر خيار التعين في صلب العقد، ويجوز جمعه مع خيار الشرط، ويجوز في البيع الصحيح والفاسد، يجب فيه تعيين ثمن كل مبيع، كذا في درر الحكام.

[٢] المجلة المادة –٣١٦– قد جوز هذا الخيار استحسانا، والقياس أنه لا يجوز لأن المبيع بخيار التعيين غير معين لأنه أحد اثنين أو ثلاثة والباقي أمانة فيكون المبيع مجهولا فمقتضى القياس فساده إلا أنه جوز استحسانا ووجه الاستحسان أن الخيار قد شرع للاحتياج لدفع الغبن والاحتياج إلى ذلك متحقق في هذا النوع من البيع لأن الإنسان يضطر أحيانا لأخذ رأي من يعتمده فيما يشتريه أو رأي أهله وهذا دليل جواز هذا الخيار للمشتري أما للبائع فهو أن الإنسان قد يرث مالا قيميا ويتسلمه وكيله ولا يعرفه فتمس الحاجة إلى البيع بهذا الشرط. (درر الحكام)

[٣] المجلة المادة –٣١٧– أي يلزم في خيار التعيين تعيين المدة سواء أكان معه خيار شرط أم لا لأنه إذا لم تعين مدة فالطرف المعين يماطل في تعيين المبيع ويلحق بذلك ضرر للطرف الآخر فمن الواجب تعيين المدة لدفع هذا الضرر حتى يتأتى إجبار الطرف المخير على تعيين المبيع بعد مرور المدة ولا يجبر من له الخيار على تعيين المبيع قبل مرور المدة سواء أكانت المدة يومين أم ثلاثة أم أكثر.

[٤] وليس له فسخ البيع في الجميع إلا في صورتين الأولى: أن يكون له خيار التعين مع خيار الشرط فله فسخ البيع في الجميع لأن واحدا منها أو اثنين أمانة فيرد أو يردان كالأمانة والآخر مخير فيه بخيار الشرط فيرده بهذا الخيار، لكن إذا سقط خيار الشرط بمرور المدة أو موت المشتري فالبيع يكون لازما في أحد المبيعات ويجبر المشتري على التعيين، والثانية: إذا تعيب أحد المبيعين قبل القبض=

٦٨٥- المادة: خيار التعين ينتقل إلى الوارث مثلاً لو حضر البائع ثلاثة أثواب أعلى وأوسط وأدنى من جنس وبين لكل واحد ثمناً علىحدة وباع أحدها لا على التعين على أن المشتري في مدة ثلاثة أيام أيها شاء بالثمن الذي تعين وقَبِل المشتري انعقد البيع، وبعد المدة يجبر المشتري على تعين أحدها ودفع ثمنه فَلَو مات قبل التعين يكون الوارث أيضاً مجبوراً على تعين أحدها ودفع ثمنه. (من المحل المزبور المادة –٣١٩)

خيار الرؤية [1]

٦٨٦- المادة: من اشترى شيئًا ولَم يره كان له الخيار إلى أن يراه فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا خيار الرؤية. (من المحل المزبور المادة –٣٢٠) [2]

٦٨٧- المادة: خيار الرؤية لا ينتقل إلى الوارث فإذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه. (من المحل المزبور المادة –٣٢١)

=فالمشتري مخير فله تركها جميعا وله أن يأخذ السليم أو المعيب بثمنه المسمى وكذلك إذا تعيب جميع المبيعات قبل القبض فالحكم في ذلك على ما تبين، كذا في درر الحكام.

[1] إضافة الخيار إلى الرؤية قيل: من إضافة المسبب إلى سببه، وفيه أن سببه عدم الرؤية لا هي فلابد من تقدير المضاف وهو "عدم" وفِي فتح القدير: انه من إضافة الشيء إلى شرطه فإن هذا الخيار يثبت بشرط الرؤية، واعترض عليه أنه ليس بظاهر لما أن له الرد قبل الرؤية، وأجاب عنه الزيلعي: بأنه إنما فسخه قبل الرؤية لكونه عقداً غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار. (الأتاسي ج٢ص٢٦٧)

[2] يشترط للفسخ علم البائع بالفسخ خوف غرر البائع بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر، وكذا رده إلى موضع العقد سواء حمله هو من موضع العقد إلى منزله أو حمله البائع، لأن مؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري، كذا في الأتاسي.

٦٨٨- المادة: الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج فقط لكن إذا ظهر دون الأنموذج يكون للمشتري الخيار. (من المزبور المادة ٣٢٤–٣٢٥)

٦٨٩- المادة: في شراء الدار تلزم رؤية كل بيت منها إلا ما كانت بيوتها مصنوعة على نسق واحد تكفي رؤية بيت واحد منها. (من المجلة المادة –٣٢٦)

٦٩٠- المادة: إذا اشتريت اشياء متفاوتة بصفقة واحدة تلزم رؤية كل واحد منها علىحدة. (من المحل المزبور المادة –٣٢٧)

٦٩١- المادة: إذا اشتريت أشياء متفاوتة صفقة واحدة وكان المشتري يرى بعضها دون الباقي فمتى رآى ذلك إن شاء أخذ جميع الأشياء المبيعة وإن شاء رد جميعها، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي. (المحل المزبور المادة –٣٢٨)

٦٩٢- المادة: الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤية الأصيل [1] بخلاف الرسول من جانب المشتري لأخذ المبيع وإرساله فقط فإن رؤيته لا تسقط خيار المشتري. (من المحل المزبور المادة –٣٣٣– ٣٣٤)

---

[1] الوكالة بالشراء كأن يقول شخص إلى آخر وكلتك بأن تشتري لي المال الفلاني، والوكالة بالقبض أن يقول شخص لآخر وكلتك بقبض المال الذي اشتريته من فلان ولم أره فلذلك تكون رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الأصيل إلا أن قبض الوكيل بالقبض على نوعين: الأول: القبض التام وهو قبض الوكيل للمبيع وهو يراه وهذا القبض يسقط خيار الموكل، الثاني: القبض الناقص وهو قبض الوكيل بالقبض للمبيع من غير أن يراه، وهو لا يسقط خيار الموكل كما أنه لو رآه بعد القبض ورضي به وأسقط خياره فلا يسقط خيار الموكل لأن قبض الوكيل بالقبض للمبيع على هذا الوجه وهو مستور يجعل وكالة الوكيل منتهية بذلك القبض الناقص ويكون منعزلا وبما أنه أجنبي فليس له إسقاط خيار رؤية الأصيل.=

٦٩٣- المادة: تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته. (المجلة المادة –٣٣٥)

٦٩٤- المادة: صح بيع الأعمى وشراءه لكن لو اشترى داراً لا يعلم وصفها فله الخيار، وإذا وصف له شيء وعلم وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيراً. [1]

=وأما الوكيل بالنظر كما إذا وكل المشتري شخصا لينظر المال الذي اشتراه ولم يره على أن يبرم العقد إذا رضي به أو يفسخه إذا لم يرض به فذلك صحيح ونظر ذلك الوكيل يقوم مقام نظر الموكل لأنه جعل الرأي والنظر إليه فيصح.

وأما الرسول سواء كان رسولا بالقبض أو بالشراء لا يسقط خيار رؤية المشتري، والفرق بين الوكيل بالشراء والرسول بالشراء أنه إذا امتنع البائع من تسليم المبيع فالوكيل بالشراء له أن يخاصم البائع أما الرسول بالشراء فليس له ذلك، من درر الحكام.

[1] المجلة المادة –٣٢٩–٣٣٠– ينقسم ما يشتريه الأعمى إلى ثلاثة أقسام، الأول: ما يعلم بالوصف والتعريف فإذا وصف هذا النوع إلى الأعمى وصفا كاملا بليغا قبل الشراء فاشتراه الأعمى فلا يكون له خيار الرؤية لأن الوصف والتعريف للأعمى بمنزلة الرؤية للبصير، والثاني ما يعلم باللمس أو الشم أو الذوق فيسقط خياره بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات يعني أنه إذا لمس وشم وذاق هذه الأشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحا لازما، والثالث: ما يعلم بالوصف والتعريف واللمس معا فلا بد منهما.

خيار العيب [١]

٦٩٥- المادة: البيع المطلق أعني بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي سلامة المبيع من العيوب فَلَو ظهر به عيب قديم فالمشتري بالخيار إن شاء رده وإن شاء قبله بالثمن المسمى، وليس له أخذ نقصان العيب وإمساك المبيع، وهذا يقال له خيار العيب. (المجلة المادة –٣٣٦)

٦٩٦- المادة: العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة. (المجلة المادة –٣٣٨)

٦٩٧- المادة: العيب القديم هو ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع، والعيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم في إثبات خيار العيب. (من المحل المزبور المادة –٣٣٩–٣٤٠)

٦٩٨- المادة: إذا بين البائع أن في المبيع عيباً كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب. (من المحل المزبور المادة –٣٤١)

---

[١] إضافة الخيار إلى العيب من إضافة المسبب إلى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب وخيار العيب يثبت للمشتري من غير شرط وبلا مدة أي ليس لخيار العيب أجل معين فلذلك إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يقع منه ما يبطل خيار العيب أو يدل على الرضا بالمبيع دام له الخيار مدة حياته، ويسقط خيار العيب في ست صور،الأولى: إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع، الثانية: إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب، الثالثة: إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه، الرابعة: إذا اشترى المشتري المبيع بعد أن أخبره شخص آخر بالعيب الذي فيه، الخامسة: إذا باع البائع المبيع على أن يكون بريئا من كل دعوى عيب، السادسة: إذا تصرف المشتري بالمبيع تصرف الملاك بعد اطلاعه على العيب ويسقط خيار المشتري. (درر الحكام)

٦٩٩- المادة: إذا باع مالا على أنه برئ من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب. (من المحل المزبور المادة –٣٤٢)

٧٠٠- المادة: من اشترى مالاً وقبله بجميع العيوب لا تسمع دعوى العيب بعد ذلك. (المجلة المادة ٣٤٣)

٧٠١- المادة: إذا تصرف المشتري بعد اطلاعه على عيب تصرف الملاك سقط خياره مثلاً عرض المبيع للبيع فذلك رضى بالعيب. (المجلة المادة –٣٤٤) [1]

٧٠٢- المادة: لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط. (من المحل المزبور المادة ٣٤٥)

٧٠٣- المادة: نقصان الثمن يصير معلوماً بإخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض [2] وذلك بأن يقوم الثوب المبيع مثلاً سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينقص من الثمن المسمى، وإذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد، وإذا

---

(١) استثنى الفقهاء منها صور الأولى: إذا اطلع المشتري على العيب في المبيع وهو في البرية أثناء السفر فحمل عليه ماله خوفا من ضياعه في البرية؛ فلا يكون ذلك مانعا من الرد؛ لأنه معذور في هذه الحال، الثانية : إذا ركب المشتري المبيع بعد أن اطلع على عيبه بقصد رده إلى البائع، الثالثة : إذا ركبه لجلب علف أو تبن أو حشيش له أو بقصد إسقائه الماء ووجدت ضرورة للركوب كأن كان غير قادر على المشي؛ فلا يسقط خياره أما إذا لم تكن هنالك ضرورة أو ركبه المشتري لجلب علف أو تبن أو حشيش له ولحيوان آخر معه فيسقط خياره. (درر الحكام)

(٢) في درر الحكام:يجب أن يكون أهل الخبرة عدولا وأن يبلغوا نصاب الشهادة وأن يكون إخبارهم بلفظ الشهادة، آهـ.

رضي البائع أن يأخذ المبيع مع العيب الحادث فليس للمشتري المنع من رد المبيع وأخذ نقصان الثمن. (من المحل المزبور المادة من -٣٤٦- إلى -٣٤٨)

٧٠٤- المادة: إذا زاد المشتري في المال المبيع كأن صبغ ثوباً أو خاطه أو غرس أشجاراً في الأرض سقط خياره. (المجلة المادة -٣٤٩) [1]

٧٠٥-المادة:ما بيع صفقة وظهر بعضه معيباً فإن كان قبل القبض خير المشتري إن شاء رد مجموعه وإن شاء قبله بجميع الثمن، وليس له أن يرد المعيب وحده وإن كان بعد

---

[1] المراد بالزيادة الزيادة المتصلة الغير المتولدة، اعلم الزيادة على أربعة أنواع:-١- الزيادة المتصلة المتولدة وهي لا تمنع الرد كما إذا كبر الحيوان وسمن فهذا لا يمنع الرد -٢- الزيادة المتصلة الغير المتولدة وهي تمنع الرد كما ذكر في المادة -٣- الزيادة المنفصلة المتولدة وهي تمنع الرد إذا كانت بعد القبض وإلا؛ فلا، كالولد الذي يتولد من المبيع إذا حصلت قبل القبض؛ فليست مانعة من الرد وإلا فهي مانعة -٤- الزيادة المنفصلة غير المتولدة وهي لا تمنع الرد حدثت قبل القبض، أو بعده، مثلا: إذا كان المبيع حيوانا فأجره المشتري قبل الاطلاع على عيبه من آخر وأخذ منه بدل الإيجار ثم ظهر فيه عيب قديم فللمشتري رده يعني يفسخ البيع في الأصل ويرد المبيع على بائعه والزيادة للمشتري؛ لأنها متولدة من المنافع وبما أن المنافع لم تكن جزءا من المبيع فالمشتري لم يملكها بمقابل الثمن وإنما ملكها بمقابل الضمان. (درر الحكام)

(تتمة) اعلم أن خيار العيب يثبت في البيع، والمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، وبدل الصلح عن المال، والقسمة، والإجارة، ثم في الإجارة يثبت سواء كان العيب قديما أو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البقية فإنه لا يرد بعيب حدث بعد القبض، وأيضاً في الإجارة ينفرد المستأجر بالرد بالعيب قبل قبضه وبعده بخلافه في البيع فإنه إنما ينفرد بالرد لو قبل القبض وأما بعده فلابد من أن يكون بالتراضي أو قضاء القاضي. (شرح المجلة للأتاسي ج٢ص٢٨٩)

القبض فإذا لم يكن في التفريق ضرر له أن يرد المعيب بحصة من الثمن سالماً وليس له أن يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع، وأما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن. (من المحل المزبور المادة –٣٥١)

٧٠٦-المادة: إذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وأمثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف صح البيع وإن كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً. (المجلة المادة –٣٥٣)

٧٠٧-المادة: البيض والجوز وما شاكلهما إذا أظهر بعضها فاسداً فما لا يستكثر في العرف والعادة كالثلاثة في المائة يكون معفواً وإن كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري أن يرد الثمن كاملاً. (من المحل المزبور المادة ٣٥٤)

الغبن والتغرير

٧٠٨-المادة: إذا وجد غبن فاحش [1] في البيع ولَم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليَتِيمِ لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمهما حكم مال اليَتِيمِ. [2] (من المحل المزبور المادة –٣٥٦)

---

[1] الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وهو الصحيح، كما في البحر.

[2] في شرح المجلة للأتاسي: وإنما لا يصح بيع الوصي والمتولي ووكيل بيت المال مع مجرد الغبن الفاحش لأن تصرفات هؤلاء منوطة بالمصلحة فما لا مصلحة فيه من عقودهم يكون غير صحيح، ثم اختلفوا في أنه فاسد أو باطل، قال القاضي علاء الدين المروزي: باطل لا يملك المشتري المبيع بالقبض، وقال نجم الدين الحليمي: إنه فاسد، ورجح صاحب البحر الثاني، وقال: ينبغي ترجيح القول بالفساد لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليَتِيمِ والوقف، قال في ردالمحتار بعد نقل=

٧٠٩- المادة: إذا أغر أحد المتبائعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن ينفسخ البيع. [١] (من المحل المزبور المادة –٣٥٧)

٧١٠- المادة: دعوى التغرير لا ينتقل إلى الوارث إن مات من غر بغبن فاحش. (المجلة المادة–٣٥٨)

٧١١-المادة: والمغرور لو تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه، وكذا إذا هلك المبيع أو استهلك أو حدث فيه عيب أو بنى مشتري العرصة عليها بناء لا يكون للمغبون حق الفسخ. (المجلة المادة – ٣٥٩–٣٦٠)

=ما في البحر: قلت وينبغي ترجيح القول بالبطلان حيث لزم الضرر بأن كان المشتري مفلساً أو مماطلا، آه. (ج٢ص٣٣٦)

[١] وكذا لو غره الدلال، وأما لو غره رجل اجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد، كذا في الاتاسي.

احكام أنواع البيوع

٧١٢- المادة: أنواع البيع بالنظر إلى مطلق البيع أربعة، نافذ، وموقوف، وفاسد، وباطل، فالنافذ ما أفاد الحكم للحال، والموقوف ما أفاده عند الإجازة، والفاسد ما أفاده عند القبض، والباطل ما لم يفده أصلاً. (الفتاوى الأنقروية ج١ص٢٤٠)

٧١٣- المادة: البيع بالنظر إلى المبيع أربعة، مقايضة وهي بيع العين بالعين، وصرف وهو بيع الدين بالدين، وسلم وهو بيع الدين بالعين، وبيع معروف وهو بيع العين بالدين كأكثر البياعات. (البحر الرائق ملخصاً ج٥ص٢٨٢) [1]

٧١٤- المادة: وصح بيع ثمرة لم يبد صلاحها أي لم يظهر صورتها منتفعاً بها بأن يأكلها حيوان، وقيل لا يصح، والصحيح هو الأول كما في الكافي وغيره، ويفسد إن شرط تركها على الشجر عندهما، ولا يفسد عند محمد إن بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقي، وعليه الفتوى كما في المضمرات. (الفتاوى الأنقروية ج١ص٢٤٠)

٧١٥- المادة: إذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف يفتى بجوازه عند شمس الأئمة الحلوائي والإمام محمد بن فضل. (الفتاوى الأنقروية ج١ص٢٤١)

٧١٦- المادة: يجوز بيع الشرب تبعاً للأرض بالإجماع، ومقصوداً في رواية وهو قول مشائخ بلخ، وإذا أتلفه متلف يجب الضمان، في نوادر ابن هشام ان بيع الماء جائز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى والمحققين من أصحابنا، وأما ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في

---

[1] وبالنظر إلى الثمن أربعة مرابحة وهي بيع بمثل الثمن الأول والزيادة، وتولية وهي بيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة، ووضيعة وهي بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم، ومساومة وهو بيع بالثمن الذي يتفقان عليه، كذا في الهندية.

الأصل انه لا يجوز فهو إنما ذكر في شرب العراق، وأما في بلادنا فبخلافه، ونفاذ الحكم بصحة بيع الشرب منصوص عليه في الاجناس، قضى بجواز بيع الماء ليس لغيره ابطاله لأنه روي عن الثاني جواز بيع الماء بدون الأرض. (الفتاوى الأنقروية ج١ص٢٤٢) [1]

٧١٧- المادة: يباع دود القز عند محمد رحمه الله تعالى وبيضه عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى في الصورتين، والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى من جواز بيع كليهما. (من البحر في البيع الفاسد ملخصاً)

٧١٨- المادة: بيع الكلاء الذي نبت في ارضه من غير انباته باطل لأنه ليس بمملوك [2] وكذا بيع الماء في الحوض أو البئر، كذا في فتاوى قاضيخان في البيع الباطل، وإن قطع الحشيش الذي نبت في أرضه فيجوز بيعه وله أن يسترده ممن أخذه، كذا في شرب التتارخانية.

---

[1] في هذه المادة مسائل الأولى بيع الشرب تبعاً للأرض وهو جائز اتفاقاً، والثانية بيعه منفرداً فعامة الكتب على فساده، في ردالمحتار مطلب في بيع الشرب من باب البيع الفاسد: وظاهر الرواية فساده إلا تبعا، وهو الصحيح كما في الفتح، فحكمه حكم الفاسد يملك بالقبض، والثالثة ضمانه بالإتلاف، في ردالمحتار:وأما ضمانه بالإتلاف بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو إحدى الروايتين، والفتوى على عدمه كما في الذخيرة، وهو صحيح كما في الظهيرية، والرابعة نفاذ الحكم بصحته، كذا في ردالمحتار.

[2] في التتارخانية: وفِي القدوري: ولا يجوز بيع الكلاء في أرضه، ولو ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلاء لم يجز بيعه، وما ذكر في القدوري يخالف ما ذكره في النوازل، وفِي الاستحسان عن المتأخرين إذا نبت الكلأ فسقى رب الأرض وقام على ذلك ملك وجاز بيعه قبل الاحتشاش، ولو احتشه إنسان بلا إذنه كان له الاسترداد، وهو مختار الصدر الشهيد، وذكر في اختلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا نبت الكلأ بإنباته جاز بيعه، آه. (ج٨ص ٣٢٨)

٧١٩-المادة: شراء الثمار على رؤوس الأشجار بصنفها لا يجوز وبصنف آخر بعد الإدراك يجوز. (في الثالث من بيوع الخلاصة ج٣ص٣٠)

٧٢٠-المادة: بعت جميع ما في هذا البيت والمشتري يعلم ما فيه جاز وإن لم يعلم لم يجز عندهما، ويجوز عند أبي يوسف، قنية في باب جهالة المبيع. (الفتاوى الأنقروية ج٢ص٢٤٥)

٧٢١-المادة: إذا باع داراً ولَم يبين حدودها جاز إذا كان المشتري يعرف حدودها، ولا يشترط معرفة جيرانها. (قاضيخان في البيع الفاسد على هامش الهندية ج٢ص١٣٥)

٧٢٢-المادة: لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا انه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر أو زاد فيه المشتري شيئًا من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور. (المجلة المادة –٣٧٢) [1]

---

[1] في الصور التالية لا يفسخ فيها البيع الفاسد: ١ – إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو لم يبق على حاله،٢ – إذا استهلك المشتري، ٣ – إذا أخرجه المشتري من يده وباعه من آخر غير البائع بيعا صحيحا لازما وإن لم يقبضه المشتري،٤ – إذا وهبه المشتري من آخر وسلمه إليه، ٥ – إذا تصدق به على آخر، ٦ – إذا رهنه من آخر وسلمه إليه، ٧ – إذا توفي المشتري بعد أن أوصى به إلى آخر، ٨ –، ٩ – إذا جعل بدل صلح، أو إجارة وخرج بذلك من ملك المشتري، ١٠ – إذا حصلت زيادة في المبيع متصلة غير متولدة منه بأن كان المبيع دارا فعمرت، أو عرصة فغرست أشجارا، أو لباسا فصنع، أو خيط أو نحو ذلك، ١١ – إذا تغير المبيع بأن كان برا فطحنه وجعله دقيقا، أو قطنا فنسجه، ففي=

٧٢٣- المادة: إذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البائع قبض الثمن كان للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع. (المجلة المادة –٣٧٣)

بيع التلجئة [١]

٧٢٤- المادة: بيع التلجئة هو أن يخاف الرجل السلطان فيقول لأحد إني اظهر إني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة. (ردالمحتار ج٤ص٢٧٢)

٧٢٥- المادة: التلجئة كالهزل [٢] في الأحكام كما في المنار، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على البناء أي بناء العقد على المواضعة يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم فصار كالبيع بالخيار المؤبد فلا يملك بالقبض، وإن اتفقا على الاعراض بأن قالا بعد البيع اعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجد فالبيع صحيح والهزل باطل، وإن اتفقا على انه لم يحضرهما شيء عند البيع من البناء والاعراض أو اختلفا في البناء على المواضعة والاعراض عنها فالعقد صحيح عنده في الحالين خلافا لهما. (ردالمحتار ج٤ص٢٧٢)

=هذه الصور كلها يكون البيع الفاسد لازما ولا يبقى حق الفسخ والاسترداد ويكون المشتري ضامنا ببدل المبيع. (درر الحكام)

[١] التلجئة هي ما ألجئ إليه الإنسان بغير اختياره، وبيع التلجئة هو أن يظهرا عقدا وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل، وما في المادة هو مثال له.

[٢] الهزل هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة، وهو ضد الجد: وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح أنه ينافي اختيار الحكم والرضا به، كذا في ردالمحتار، وتفصيل بيع التلجئة وبيان أقسامه وأحكامه في ردالمحتار مطلب في بيع التلجئة. (ج٤ص٢٧٢)

٧٢٦-المادة: وإن اختلفا فأدعى أحد أن البيع كان تلجئة والآخر ينكر لا يقبل قول مدعي التلجئة إلا ببينة ويستحلف الأخر، كذا في الخانية في أحكام البيع الفاسد. (هامش الفتاوى الأنقروية ج١ص٢٩٣)

البيع بالوفاء [١]

٧٢٧- المادة: البيع بالوفاء أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك عليّ من الدين متى قضيتُه فهو لي أو على أن تبيعني متى جئت بالثمن، ردالمحتار ملخصاً وعقد له في جامع الفصولين فصلاً مستقلاً، وذكره صاحب الفوائد في الباب الرابع في البيع الفاسد في أكثر من نصف كُراسته. [٢]

٧٢٨- المادة: البيع بالوفاء في حكم الرهن لا يملكه ولا ينتفع به إلا بأذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقي وللبائع استرداده إذا قضى دينه، وقيل انه بيع صحيح يفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا انه لا يملك بيعه، قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى، كذا في ردالمحتار، وقال مشائخ

---

[١] وجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشتري أكل ريعه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة. ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه، كذا في ردالمحتار.

[٢] كذا في ردالمحتار مطلب في بيع الوفاء ج٤ص٢٧٤) وفيه تفصيل أقوال العلماء فليراجع إليه.

بخارى البيع بالوفاء بمنزلة البيع الفاسد وانه يفيد الملك عند القبض، كذا في الأنقروية، والمختار انه رهن وهو قول أكثر المشائخ وأفتى به ابن كمال وأبو سعود. [1]

تم تحقيق معين القضاة والمفتين وتعليقه في (٩/٣/١٤٤١) هق بتوفيق الله تعالى الحمد لِله على تمامه والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وأصحابه أجمعين.

---

[1] هامش الفتاوى الأنقروية ج١ص٢٩٤).

مكتوبات عمر رضي الله تعالى عنه

بِسْم الله الرحمن الرحيم

نختم تحقيق الكتاب وتعليقه بإيراد مكتوبات أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه إلى قضاته رضي الله تعالى عنهم لأنها جامعة لكثير من أداب القضاء وأصول المحاكمة.

المكتوب الاول

١- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى رقم (٢٠٥٣٧) قال:وَأَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ اللهِ الْحَافِظُ , ثنا أَبُو الْعَبَّاسِ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ , ثنا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاق الصَّغَانِيُّ , ثنا ابْنُ كُنَاسَةَ , ثنا جَعْفَرُ بْنُ بُرْقَان , عَنْ مَعْمَرٍ الْبَصْرِيِّ , عَنْ أَبِي الْعَوَّامِ الْبَصْرِيِّ، قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللهُ تعالى عَنْهُمَا: " إِنَّ الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ , وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ, فَافْهَمْ إِذَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ , فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمُ حَقٍّ لَا نَفَاذَ لَهُ , وَآسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَقَضَائِكَ حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ , وَلَا يَيْأَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ، الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى , وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ، وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ , إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا , أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا وَمَنِ ادَّعَى حَقًّا غَائِبًا , أَوْ بَيِّنَةً فَاضْرِبْ لَهُ أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ فَإِنْ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ أَعْطَيْتَهُ بِحَقِّهِ , فَإِنْ أَعْجَزَهُ ذَلِكَ اسْتَحْلَلْتَ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةَ , فَإِنَّ ذَلِكَ أَبْلَغُ فِي الْعُذْرِ, وَأَجْلَى لِلْعَمَى , وَلَا يَمْنَعْكَ مِنْ قَضَاءٍ قَضَيْتَهُ الْيَوْمَ فَرَاجَعْتَ فِيهِ لِرَأْيِكَ , وَهُدِيتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ , أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ , لِأَنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ , لَا يُبْطِلُ الْحَقَّ شَيْءٌ , وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ وَالْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الشَّهَادَةِ, إِلَّا مَجْلُودٌ فِي حَدٍّ , أَوْ مُجَرَّبٌ عَلَيْهِ شَهَادَةُ الزُّورِ , أَوْ ظَنِينٌ فِي وَلَاءٍ أَوْ قرابة , فَإِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ تَوَلَّى مِنَ

الْعِبَادِ السَّرَائِرَ , وَسَتَرَ عَلَيْهِمُ الْحُدُودَ إِلَّا بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ, ثُمَّ الْفَهْمَ الْفَهْمَ فِيمَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ، مِمَّا لَيْسَ فِي قُرْآنٍ وَلَا سُنَّةٍ , ثُمَّ قَايِسِ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ , وَاعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ، ثُمَّ اعْمِدْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللهِ فِيمَا تَرَى , وَأَشْبَهِهَا بِالْحَقِّ، وَإِيَّاكَ وَالْغَضَبَ، وَالْقَلَقَ وَالضَّجَرَ، وَالتَّأَذِّيَ بِالنَّاسِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ، وَالتَّنَكُّرَ فَإِنَّ الْقَضَاءَ فِي مَوَاطِنِ الْحَقِّ يُوجِبُ اللهُ لَهُ الْأَجْرَ , وَيُحْسِنُ بِهِ الذُّخْرَ , فَمَنْ خَلُصَتْ نِيَّتُهُ فِي الْحَقِّ , وَلَوْ كَانَ عَلَى نَفْسِهِ كَفَاهُ اللهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ , وَمَنْ تَزَيَّنَ لَهُمْ بِمَا لَيْسَ فِي قَلْبِهِ شَانَهُ اللهُ , فَإِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يَقْبَلُ مِنَ الْعِبَادَةِ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ خَالِصًا وَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ غَيْرِ اللهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ , وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ؟

والسلام

ورواه كثيرون بألفاظ متغائرة ومعانيها متفقة

(الشرح)

(إِنَّ الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ) أي مقطوع بها ليس فيها احتمال نسخ (وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ) أي طريقة مسلوكة في الدين يجب اتباعها (فَافْهَمْ إِذَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ) أي الخصومة، والإدلاء رفع الخصومة إلى الحاكم، والفهم إصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهود في إصابة الحق إذا أدلي إليك.

وقيل: معناه استمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده، وبهذا يؤمر كل قاض لأنه لا يتمكن من تميز المحق من المبطل إلاّ بذلك، وربما يجري على لسان أحد الخصمين ما يكون فيه إقرار بالحق لخصمه فإذا فهم القاضي ذلك أنفذه وإذا لم يفهم ضاع وإليه إشارة في قوله (فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمُ حَقٍّ لَا نَفَاذَ لَهُ).

وقيل: المراد استمع إلى كلام الشهود وافهم مرادهم فإنهم يتكلمون بالحق بين يديك وإنما يظهر منفعة ذلك حين ينفذه القاضي.

(وَآسِ بَيْنَ النَّاسِ) معناه سو بين الخصوم، التأسي في اللغة التسوية، وفيه دليل على أن على القاضي أن يسوي بين الخصوم إذا تقدموا إليه اتفقت مللهم أو اختلفت لأن اسم الناس يتناول الكل، ويسوي بينهم فيما ذكر بقوله (فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَقَضَائِكَ) يعني في النظر إليهم والإقبال عليهم وفِي جلوسهم بين يديك حتى لا تقدم أحدهم على الآخر وفِي قضائك بينهم، وحكي أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: في مناجاته عند موته اللهم إن كنت تعلم انني ما تركت العدل بين الخصمين إلاّ في حادثة واحدة فاغفرها لي قيل: وما تلك الحادثة قال: أدعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه، ولكنني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنني ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس، فهذا كان جوري، وليعلم أن هذا من أهم ما ينبغي للقاضي أن ينصرف إليه في العناية لما أشار إليه بقوله (حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ , وَلَا يَيْأَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ) الحيف هو الظلم قال الله تعالى {أَمْ يَخافُونَ أَنْ يَحِيفَ الله عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ }] النور -٥٠[فإنه إذا قدم الشريف طمع في ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فييأس من عدله، وربما يتمكن الشريف عند هذا التقديم من التلبيس ويعجز الضعيف عن إثبات حقه بالحجة، والقاضي هو المسبب لذلك بإقباله على أحدهما وترك التسوية بينهما في المجلس، وأيضاً يصير به متهماً بالميل إلى أحدهما وهو مأمور بالتحرز عن ذلك بأقصى ما يمكنه.

(الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى , وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ) قد بين العلماء أن الحكمة في كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر أن جانب المدعي ضعيف لأن دعواه تخالف الأصل، وهو أن الأصل براءة الذمة، فكُلّف بالحجة القوية وهي البينة لبعدها عن التهمة، وجانب المنكر " المدعى عليه" قوي لموافقة الأصل المذكور فاكتفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين لقربها من التهمة، فجعلت الحجة القوية في الجانب الضعيف، والضعيفة في الجانب القوي ليحصل التعادل بينهما.

(وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ , إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا , أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا) فيه دليل جواز الصلح، وإشارة إلى أن القاضي ينبغي له دعاء الخصمين إلى الصلح، قال ابن عابدين في ردالمحتار: لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما أمكن ، وفي البيري عن خزانة الأكمل إذا طمع القاضي في إرضاء الخصمين لا بأس بردهم، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اهـ.

وقد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال عز وجل { والصلح خير} [النساء – ١٢٨] وذليل النهاية في الخيرية.

والصلح جائز مع الإقرار والإنكار والسكوت، وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز الصلح مع الإنكار، واستدل بهذا الحديث لأن المدعي إن كان مبطلاً فأخذ المال كان حراماً عليه والصلح يحل له ذلك، وإن كان محقاً والصلح يكون على بعض الحق عادة فما زاد على ذلك إلى تمام حقه كان أخذه حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بعد الصلح، وكان حراماً على الخصم منعه قبل الصلح وأحل له ذلك بالصلح.

قلنا: ليس المراد هذا بل المراد تحليل محرم العين أو تحريم ما هو حلال العين بأن وقع الصلح على خمر أو خنزير أو في خصومة الزوجات صالح إحدٰهن على أن لا يطأ الأخرى، أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه، فهذا هو الصلح الذي حرم حلالا أو أحل حراماً، وهذا باطل عندنا.

(وَمَنِ ادَّعَى حَقًّا غَائِبًا , أَوْ بَيِّنَةً فَاضْرِبْ لَهُ أَمَدًا يَنْتَهِي إلَيْهِ) فيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه، حتى إذا قال المدعي بينتي في المصر أمهله القاضي ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم، وبعد ما أقام المدعي البينة إذا أدعى المدعى عليه الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه، فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله، قال ابن عابدين في ردالمحتار: المدعي إذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة فإنه يمهله، وكذا إذا أقام البينة ثم إن المدعى عليه استمهل من القاضي، حتى يأتي بالدفع فإنه يجيبه، ولا يعجل بالحكم اهـ وهذا بعد أن يسأله عن الدفع وكان صحيحا فلو فاسدا لا يمهله، ولا يلتفت إليه كما في قاضي خان، آهـ.

لكن يلزم أن يكون الإمهال مدة فيها مراعاة الجانبين فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع، وتطويل المدة اضرار بمن أثبت حقه وخير الأمور أوسطها.

(فَإِنْ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ أَعْطَيْتَهُ بِحَقِّهِ , فَإِنْ أَعْجَزَهُ ذَلِكَ اسْتَحْلَلْتَ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةَ) إن كان مراده دعوى الدفع فهو أوضح لأنه إذا عجز عن إثبات ما أدعى من الدفع وجّه القاضي إليه القضاء ببينة المدعي، وما لم يظهر عجزة عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لأن الحجة إنما تقوم عليه إذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة.

وإن كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله استحللت عليه القضية ألزمته الكف عن أذي الناس والخصومة من غير حجة،(فَإِنَّ ذَلِكَ أَبْلَغُ فِي الْعُذْرِ , وَأَجْلَى لِلْعَمَى) أي لأنه أبلغ في العذر للقاضي عند توجه القضاء عليه، وأحسن لإزالة الاشتباه لأنه إذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكراً له ساكتاً وإذا لم يمهله انصرف شاكيًا منه يقول مال إلى خصمي ولَم يستمع حجتي ولَم يمكنني من إثبات الدفع عنده.

(وَلَا يَمْنَعْكَ مِنْ قَضَاءٍ قَضَيْتَهُ الْيَوْمَ فَرَاجَعْتَ فِيهِ لِرَأْيِكَ , وَهُدِيتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ , أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ , لِأَنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ , لَا يُبْطِلُ الْحَقَّ شَيْءٌ , وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ) فيه دليل على أنه إذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الاجماع أو قول إمامه فعليه أن ينقضه ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له، وهذا ليس في حق القاضي خاصة بل هو عام في كل من يبين لغيره شيئًا من أمور الدين فالواعظ والمفتي والقاضي في ذلك سواء إذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فإن زلة العالم سبب لفتنة الناس، كما قيل إن زلة العالم زلة العالَم، ولكن هذا في حق القاضي أوجب لأن القضاء ملزم.

وقوله لأن الحق قديم: يعني هو الأصل المطلوب، ولأنه لا تنكتم بزلة من زل بل يظهر لا محالة فإن يظهره بنفسه كان أحسن حالاً عند العقلاء من أن تُظهر عليه مع اصراره على الباطل.

(وَالْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الشَّهَادَةِ) هذا دليل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى على جواز القضاء بشهادة المستور قبل سؤال القاضي عنه إذا لم يطعن الخصم

فيه، صفة العدالة ثابتة لكل مسلم بإعتبار اعتقاده فإن دينه يمنعه من الاقدام على ما يعتقده الحرمة فيدل على أنه صادق في شهادته فإن الكذب في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم، في حديث الترمذي عَنْ أَيْمَنَ بْنِ خُرَيْمٍ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَامَ خَطِيبًا فَقَالَ: يَا أَيُّهَا النَّاسُ عَدَلَتْ شَهَادَةُ الزُّورِ إِشْرَاكًا بِالله ثُمَّ قَرَأَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ {فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ} [الحج—٣٠].

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يسأل القاضي عنهم وإن لم يطعن الخصم فيهم، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يفتي في القرن الثالث، وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقه وخيريته، في حديث البخاري عَنْ عَبْدِ الله رَضِيَ الله عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: »خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَجِيءُ أَقْوَامٌ تَسْبِقُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ يَمِينَهُ، وَيَمِينُهُ شَهَادَتَهُ« قَالَ إِبْرَاهِيمُ: «وَكَانُوا يَضْرِبُونَنَا عَلَى الشَّهَادَةِ، وَالعَهْدِ».

فكان الغلبة للعدول في ذلك الوقت والعصر، فلذا كان يكتفي بظاهر العدالة، وهما كانا يفتيان بعد ذلك في القرن الذي شهد الرسول صلى الله عليه وسلم على أهله بظهور الكذب بقوله صلى الله عليه وسلم ثُمَّ يَفْشُو الْكَذِبُ حَتَّى إِنَّ الرَّجُلَ لَيَبْتَدِئُ بِالشَّهَادَةِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا، كما في رواية أحمد وغيره، فكان الغلبة في عصرهما لغير العدول فقالا لابد للقاضي أن يسأل عن حال الشهود طعن فيهم الخصم أو لم يطعن.

قال في درر الحكام: إذا كان سبب الاختلاف ناشيًا عن تغير الزمان فيعمل بقول الإمامين كالحكم بظاهر العدالة.

قال في الدر المختار: ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا في حد وقود، وعندهما يسأل في الكل إن جهل بحالهم ،بحر، سرا وعلنا به يفتى وهو اختلاف زمان لأنهما كانا في القرن الرابع، ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى.

سراجية، آه وفِي ردالمحتار: (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل في الكل، قال في البحر: والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنه في الكل وإلا سأل في الحدود والقصاص، وفي غيرها محل الاختلاف. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما في هذا الزمان كذا في الهداية انتهى.

(إِلَّا مَجْلُودٌ فِي حَدٍّ) المراد المحدود في قذف، وقد ذكر في بعض الروايات إلا مجلدًا حدًا في قذف، فهو دليل لنا على أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته وإن تاب، وإن العدالة المعتبرة لأداء الشهادة تنعدم بإقامة حد القذف عليه، كما أشار الله تعالى إليه في قوله {ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا} [النور—٤].

(أَوْ مُجَرَّبٌ عَلَيْهِ شَهَادَةُ الزُّورِ) فإنه إذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجناية في هذه الأمانة، ومن ظهرت جنايته في شيء لا يؤتمن على ذلك الشيء، ولانه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ما روى البخارى عن أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: " أَكْبَرُ الكَبَائِرِ: الإِشْرَاكُ بِاللهِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ، وَعُقُوقُ الوَالِدَيْنِ، وَقَوْلُ الزُّورِ، – أَوْ قَالَ: وَشَهَادَةُ الزُّورِ" فلم يبق عدالته وأهليته للشهادة , (أَوْ ظَنِينٌ) أي متهم (فِي وَلَاءٍ) بفتح الواو هو الذي ينتمي إلى غير مواليه.

(أَوْ قَرَابَةٍ) قال القاري في المرقاة:ولا ظنين في قرابة، وهو الذي ينتسب إلى غير أبيه، أو إلى غير ذويه، وإنما رد شهادته ; لأنه ينفي الوثوق به عن نفسه، كذا قاله بعض

علمائنا من الشراح. وقال المظهر: يعني من قال: أنا عتيق فلان وهو كاذب فيه بحيث يتهمه الناس في قوله: ويكذبونه لا تقبل شهادته ; لأنه فاسق ; لأن قطع الولاء عن المعتق وإثباته لمن ليس بمعتقه كبيرة، وراكبها فاسق. وكذلك الظنين في القرابة، وهو الداعي القائل: أنا ابن فلان، أو أنا أخو فلان من النسب، والناس يكذبونه فيه، انتهى.

(فإن اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ تَوَلَّى مِنَ الْعِبَادِ السَّرَائِرَ , وَسَتَرَ عَلَيْهِمُ الْحُدُودَ إِلَّا بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ) يعني أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق إلى معرفته حقيقة فإن ذلك غيب لا يعلمه إلا الله تعالى، ولكن الطريق للقاضي إلى المعرفة العمل بما يظهر.

عنده من الحجة وإليه أشار في قوله " ودرأ عنكم بالبينات " كما في رواية الدارقطني، يعني درأ عنكم اللوم في الدنيا والإثم والعقوبة في الآخرة ، وهو معنى ما روى ابن المقرئ في معجمه عَنْ شُرَيْحٍ قَالَ: »الْقَضَاءُ جَمْرَةٌ فَنَحِّهَا عَنْكَ بِعُودَيْنِ« يعني شهادة الشاهدين واليمين.

(ثُمَّ الْفَهْمَ الْفَهْمَ فِيمَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ , مِمَّا لَيْسَ فِي قُرْآنٍ وَلَا سُنَّةٍ) المراد من الفهم الإجتهاد هذا في القاضي الذي له رأي ونظر، وأما من لا رأي ولا نظر له فعليه تقليد مجتهده فاللازم للقاضي المقلد أن يصرف العناية إلى معرفة جزئيات الفقه وأقوال الأئمة وعرف الناس فإنه مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصًا فيما لا نص فيه من الحوادث وإليه إشارة في قوله مما ليس في القرآن ولا سنة، فعند ذلك لا يجد بدًا من التأمل وطريق تأمله ما أشار إليه بقوله ثُمَّ قَايِسِ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ , وَاعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ) أي ثم قِس الأمور عند ذلك، فهو دليل لجمهور الفقهاء رحمهم الله تعالى على

أن القياس حجة فإن الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بصراحة بخلاف ما يقوله أهل الظواهر.

(ثُمَّ اعْمِدْ إلَى أَحَبِّهَا إلَى اللهِ فِيمَا تَرَى , وَأَشْبَهِهَا بِالْحَقِّ) هذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة إلى أقرب الأشياء معنىً.

(وَإِيَّاكَ وَالْغَضَبَ , وَالْقَلَقَ وَالضَّجَرَ) الضجر والقلق هما نوعان من إظهار الغضب فالقلق الحدة والضجر رفع الصوت في الكلام فوق ما يحتاج إليه، والقاضي منهى عن ذلك لأن ذلك يكسر قلب الخصم ويمنعه من إقامة حجته، ويشتبه على القاضي بسببه طريق الإصابة، وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك.

(وَالتَّأَذِّيَ بِالنَّاسِ عِنْدَ الْخُصُومَةِ , وَالتَّنَكُّرَ) يعني لا يجوز للقاضي التأذي بالناس عند الخصومة لا بالقول ولا بالفعل، وكذا التنكر وهو أن يقطب وجهه إذا تقدم إليه خصمان فإن فعل ذلك مع أحدهما فهو جور وإن فعله معهما ربما عجز المحق عن إظهار حقه فذهب وترك حقه.

(فَإِنَّ الْقَضَاءَ فِي مَوَاطِنِ الْحَقِّ يُوجِبُ اللهُ لَهُ الْأَجْرَ , وَيُحْسِنُ بِهِ الذُّخْرَ) يعني القضاء في مجالس الحكم بالحق يوجب الله تعالى له الأجر فالحلم وترك الضجر والقلق وإظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع، وفي مجلس القضاء أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى لا لغيره.

(فَمَنْ خَلُصَتْ نِيَّتُهُ فِي الْحَقِّ , وَلَوْ كَانَ عَلَى نَفْسِهِ كَفَاهُ اللهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ) فإن عون الله تعالى للعبد على قدر نيته.

عَنْ عَوْنٍ، قَالَ: " كَانَ الْفُقَهَاءُ يَتَوَاصَوْنَ بَيْنَهُمْ بِثَلَاثٍ، وَيَكْتُبُ بِذَلِكَ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ: مَنْ عَمِلَ لِآخِرَتِهِ كَفَاهُ اللهُ دُنْيَاهُ، وَمَنْ أَصْلَحَ سَرِيرَتَهُ أَصْلَحَ اللهُ عَلَانِيَتَهُ، وَمَنْ أَصْلَحَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ أَصْلَحَ اللهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ" ذكره أبو نعيم في الحلية.

وفِي كتاب سالم بن عبد الله بن عمر إلى عمر بن عبد العزير: وَإِنَّمَا الْعَوْنُ مِنَ اللهِ عَلَى قَدْرِ النِّيَّةِ، فَإِذَا تَمَّتْ نِيَّةُ الْعَبْدِ تَمَّ عَوْنُ اللهِ لَهُ، وَمَنْ قَصُرَتْ نِيَّتُهِ قَصُرَ مِنَ اللهِ الْعَوْنُ لَهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ، رواه أبو نعيم في الحلية.

(وَمَنْ تَزَيَّنَ لَهُمْ بِمَا لَيْسَ فِي قَلْبِهِ شَانَهُ اللهُ) يعني إذا راآى بعمله، والمراءة مذمومة حرام على كل أحد، وهو في حق القاضي آكد لأنه غير محتاج إلى ذلك، وإنما يفعل المرأ ذلك عند حاجته، ولأنه خليفة الرسول صلى الله عليه وسلم فيما يحكم بين الناس فينبغي له أن يكون أشبه الناس بالرسول صلى الله عليه وسلم وهو كان أبعد الناس عن المراءة والنفاق وقوله شانه الله) أي يفضحه الله تعالى على رؤوس الاشهاد، روى مسلم عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ سَمَّعَ سَمَّعَ اللهُ بِهِ، وَمَنْ رَاءَى رَاءَى اللهُ بِهِ ».

(فَإِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يَقْبَلُ مِنَ الْعِبَادَةِ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ خَالِصًا) لأنه تعالى أغنى الشركاء، والمرائي بعمله يقصد اكتساب محمدة أو منال شيء مما في أيدي الناس فلا يقبل الله تعالى منه ما قصد به غيره.

(وَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ غَيْرِ اللهِ فِي عَاجِلِ رِزْقِهِ , وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ) معناه ما ظنك بثواب غير الله تعالى في مقابل عاجل رزق الله تعالى وخزائن رحمته فالعاقل إذا قابل ما هو موعود له من الله تعالى عند التقوى والإخلاص بما يطمع فيه من جهة الناس ترجح ما عند الله

تعالى لا محالة، وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى {من يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب}[الطلاق—٢–٣] والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالى { إِنَّ رَحْمَتَ الله قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ} [الأعراف –٥٦] أي المتقين.

وَالله تعالى أعلم ،

أخذت أكثر ما في شرح هذا الحديث من المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى.

(٩/٣/١٤٤١) هق

المكتوب الثاني

٢- أخرج الإمام أبو يوسف في الخراج عَنْ عُرْوَةَ بْنِ رُوَيْمٍ قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ وَهُوَ بِالشَّامِ: "أَمَّا بَعْدُ؛ فَإِنِّي كَتَبْتُ إِلَيْك بكتابك لَمْ آلُكَ وَنَفْسِي خَيْرًا، الْزم خَمْسَ خِلالٍ يَسْلَمْ لَكَ دِينُكَ وَتَحْظَ بِأَفْضَلِ حَظَّيْكَ، إِذَا حَضَرَكَ الْخَصْمَانِ؛ فَعَلَيْكَ بِالْبَيِّنَاتِ الْعُدُولِ وَالأَيْمَانِ الْقَاطِعَةِ، ثُمَّ أَدْنِ الضَّعِيفَ حَتَّى تُبْسِطَ لِسَانَهُ وَيَجْتَرِئَ قَلْبُهُ، وَتَعَهَّدِ الْغَرِيبَ فَإِنَّهُ إِذَا طَالَ حَبْسُهُ تَرَكَ حَاجَتَهُ وَانْصَرَفَ إِلَى أَهْلِهِ، وَإِنَّ الَّذِي أَبْطَلَ مَنْ لَمْ يرفع بِهِ رَأْسا وأحرض عَلَى الصُّلْحِ مَا لَمْ يَسْتَبِنْ لَك الْقَضَاء، وَالسَّلَام".

الشرح

(حتى تبسط لسانه) لأن هيبة مجلس القضاء ربما يمنع الضعيف عن التكلم بحقه فعلى القاضي أن يشجعه على التكلم بحقه (فإن طال حبسه) أي طالت إقامته وبعده عن أهله من أجل هذه الدعوى (ترك حاجته) أي حقه (وإن الذي أبطل من لم يرفع به رأسًا) أي إنما أبطل حقه من لم يراع غربته وسفره وهو الحاكم فكان الحاكم هو مبطل حقه (وأحرض على الصلح ما لم يستبن لك القضاء) القيد ليس احترازياً لأن التحريض على الصلح أفضل وإن ظهر للقاضي وجه القضاء لانه جاء ان عمر رضي الله تعالى عنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بين القوى الضغائن" رواه ابن أبي شيبة في مصنفه.

لكن التحريض على الصلح إذا لم يستبن للقاضي وجه القضاء أهم وكذا إذا كان بين المتخاصمين قرابة.

المكتوب الثالث

٣–أخرج الدارمي عَنْ شُرَيْحٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَيْهِ: " إِنْ جَاءَكَ شَيْءٌ فِي كِتَابِ الله، فَاقْضِ بِهِ وَلَا تَلْفِتْكَ عَنْهُ الرِّجَالُ، فَإِنْ جَاءَكَ مَا لَيْسَ فِي كِتَابِ الله فَانْظُرْ سُنَّةَ رَسُولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَاقْضِ بِهَا، فَإِنْ جَاءَكَ مَا لَيْسَ فِي كِتَابِ الله وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ سُنَّةٌ مِنْ رَسُولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَانْظُرْ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ النَّاسُ فَخُذْ بِهِ، فَإِنْ جَاءَكَ مَا لَيْسَ فِي كِتَابِ الله وَلَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلَمْ يَتَكَلَّمْ فِيهِ أَحَدٌ قَبْلَكَ. فَاخْتَرْ أَيَّ الْأَمْرَيْنِ شِئْتَ: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَجْتَهِدَ برأْيكَ ثُمَّ تَقَدَّمَ فَتَقَدَّمْ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تتأخَّرَ، فَتَأَخَّرْ، وَلَا أَرَى التَّأَخُّرَ إِلَّا خَيْرًا لَكَ.

الشرح

اعلم أنه يثبت من هذا الحديث أن مصادر الأحكام القضائية هي كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والإجماع والقياس وعليها العمل من عهد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم إلى يومنا هذا.

المكتوب الرابع

٤–في البيان والتبيين: عن عامر الشعبي، قال: كتب عمر إلى معاوية: »أما بعد فإني كتبت إليك بكتاب في القضاء لم آلك ونفسي فيه خيرا. الزم خمس خصال يسلم لك دينك، وتأخذ فيه بأفضل حظك: إذا تقدم إليك خصمان فعليك بالبينة العادلة، أو اليمين القاطعة. وأذن الضعيف حتى يشتّد قلبه وينبسط لسانه. وتعهد الغريب، فإنك إن لم تتعهده ترك حقه، ورجع إلى أهله، وإنما ضيع حقه من لم يرفق به. وآس بينهم في لحظك وطرفك، وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبن لك فصل القضاء.

المكتوب الخامس

٥-وفي المبسوط للسرخسي: وعن شريح، أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كتب إليه: أن لا تشار ولا تمار ولا تضار ولا تبيع ولا تبتاع في مجلس القضاء ولا ترتشي ولا تقضي بين آثنين وأنت غضبان.

الشرح

قوله (لا تشار) في المبسوط للسرخسي: منهم من يروي بالشين قالوا المراد المشورة أنه لا ينبغي للقاضي في مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في آخر فإنه إذا اشتغل بالمشورة في مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدري به, والأظهر بالسين لا تسار معناه لا يسار القاضي أحد الخصمين لأن ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل من حيث أن خصمه يظن أنه فيما يسار بصاحبه على رشوة ولذلك لا يسار غير الخصمين في مجلس القضاء؛ لأن مجلس القضاء يجمع الناس ومسارة الإثنين في مثل هذا المجلس تؤدي إلى فتنة الآخرين قال – صلى الله عليه وسلم – إذا كان القوم ثلاثة فلا تناجي إثنان دون الثالث فإن ذلك يحزنه, قوله (ولا تضار) من الضرر أى لا يقصد الإضرار بالخصوم في تأخير الخروج ولا ينغص الخصوم في استعجاله ليعجز عن إقامة حجته وفي رفع الصوت عليه أو في أخذه بسقط من كلامه إن زل فلمجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل أحد عن مراعاة جميع الحدود في الكلام فإذا لم يعرض القاضي عن بعض ما يسمع كان ذلك منه مضارة والقاضي منهي عن ذلك وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء في مجلس القضاء لأن بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء ولأنه مجلس إظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغي أن يخلط به شيأ من عمل الدنيا, وقوله (لا يرتشي) ألمراد

الرشوة في الحكم وهو حرام قال – صلى الله عليه وسلم– الراشي والمرتشي في النار وعلقمة ومسروق أنهما سئلا أبن مسعود عن الرشوة فقال هي السحت قالا أفي الحكم ذلك قال ذلك الكفر ثم تلا هذه الاية [ومن لم يحكم بما آنزل الله فأولئک هم الكافرون] أخرجه الإمام أحمد في الإيمان وفي قوله (ولا تقضي بين إثنين وأنت غضبان) دليل على أن القاضي ينبغي أن لا يشتغل بالقضاء في حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به فإنه مأمور بأن يقضي عند إعتدال حاله ولهذا ينمحى عن القضاء إذا كان جائعا أو كظيظا من الطعام أو كان يدافع الأخبثين؛ لأنه ينعدم به إعتدال الحال فكذلك بالغضب ينعدم إعتدال الحال وربما يجري على لسانه في غضبه ما لا ينبغي أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغي أن يراه الناس على تلك الصفة أو إذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن إظهار حقه بالحجة خوفا منه ولهذا قلنا يقوم أو ينحى الناس عن قربه حتى يسكن ما به وهذا إذا كان يعتريه ذلك في بعض الأوقات فأن كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التي قال فيها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – تعتري الحدة خيار أمتي أخرجه الطبراني في الكبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فلا يكف عند ذلك عن القضاء لأنه لا يلتبس به عقله ولا يشتبه عليه وجه القضاء بخلاف ما يعتريه من الغضب في بعض الأوقات .

هذا تمام تحقيق الكتاب بعون الملك الوهاب، والحمد لِله الذي أنزل الكتاب، وصل الله على سيدنا محمد الأمين، وعلى آله وصحبه والتابعين، وسلم إلى يوم الدين، اللَّهم اغفر لي ولوالدي ولجميع المؤمنين، آمين يارب العالمين